

**In proceedings pursuant to NAFTA Chapter 11 and the  
UNCITRAL Arbitration Rules:**

**BETWEEN**

**GAMI INVESTMENTS, INC.**

**Claimant**

**And**

**THE GOVERNMENT OF THE UNITED MEXICAN STATES**

**Respondent**

## **FINAL AWARD**

**15 November 2004**

Before the Tribunal comprising:

W. Michael Reisman  
Julio Lacarte Muró  
Jan Paulsson

Representing the Claimant:

**Weil Gotshal & Manges LLP**  
Charles E. Roh, Jr.  
Adam P. Strochak  
J. Sloane Strickler  
Alicia Cate  
**SAI Abogados**  
Guillermo Aguilar Alvarez  
Lucía Ojeda  
Elsa Ortega  
Itziar Esparza

Representing the Respondent:

**Consultor jurídico de los Estados Unidos Mexicanos**  
Hugo Perezcano Díaz  
**Secretaría de Economía**  
Luis González García  
**Thomas & Partners**  
J. Cameron Mowatt  
Gregory A. Tereposky  
**Shaw Pittmann LLP**  
Stephan E. Becker  
Sanjay Mullick

Secretary to the Tribunal:

Zachary Douglas

Formal seat of the arbitration: Vancouver

## TABLE OF CONTENTS

1.	THE PARTIES.....	1
2.	THE TRIBUNAL AND THE PROCEDURE .....	2
3.	FACTUAL BACKGROUND.....	7
4.	THE CLAIMS .....	10
5.	JURISDICTION AND STANDING.....	12
6.	MALADMINISTRATION .....	19
	6(A)    Factual bases of GAMI's complaint.....	19
	(i)    The regulatory framework.....	19
	(ii)   Alleged failures of implementation and enforcement.....	25
	6(B)    Minimum standard of treatment: GAMI's claim under Article 1105.....	31
	6(C)    Discrimination: GAMI's claim under Article 1102 .....	43
7.	EXPROPRIATION .....	45
8.	COSTS .....	52
9.	DECISION.....	53

## **1. THE PARTIES**

1. GAMI Investments Inc. (“GAMI” or “the Claimant”) is a US investment corporation created in 1986 under the laws of Delaware. Its head office is in Las Vegas. It is a wholly-owned subsidiary of another US company named Great American Management and Investments Inc. GAMI owns 14.18% of the shares of *Grupo Azucarero México SA de CV* (“GAM”). GAM is a Mexican holding company whose remaining shareholders are Mexican. Its dominant shareholder is Mr Juan Gallardo Thurlow. He owns or controls 64.2% of GAM’s shares. The similarity in names of GAMI and GAM is coincidental.
2. The Respondent is the Government of the United Mexican States (“Mexico” or “the Respondent”). Mexico is a Party to the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”).

## **2. THE TRIBUNAL AND THE PROCEDURE**

3. GAMI elected to proceed under the UNCITRAL Arbitration Rules of 1976 (as modified by Section B of NAFTA Chapter 11) by exercising the option available to it under NAFTA Article 1120.

4. GAMI appointed Professor Michael Reisman as arbitrator. Mexico appointed Mr Julio Lacarte Múro as arbitrator. The Parties jointly appointed Mr Jan Paulsson as presiding arbitrator. The Tribunal was fully constituted on 2 October 2002. The arbitrators were assisted by Mr Zachary Douglas as the Tribunal's administrative secretary.

5. The Parties did not agree on the choice of a formal seat of the arbitration. The Tribunal considered their submissions in this respect and selected Vancouver. The Parties agreed as a matter of convenience that hearings would be conducted in Washington DC.

6. The Tribunal sees no need to burden the text of this Award with a recital of correspondence with counsel. Nor is it necessary to set out the content of procedural orders. They have all been reduced to writing. Suffice it to say that the Parties explicitly confirmed that no unresolved procedural issues were extant as of the end of the Final Hearings.

7. Mexico raised jurisdictional objections. They were the subject of a special hearing on 17 September 2003 ("the Hearing on Jurisdiction") in the course of which counsel addressed the Tribunal and answered questions put to them by the arbitrators. No witnesses were heard. Representatives of the Governments of Canada and the United States of America were present. In light of the submissions the Tribunal decided to join the jurisdictional issues to the merits.

8. On 20 February 2004 the disputing Parties were informed of a *Sentencia* handed down by the Mexican *Tribunal Colegiado*. This judgment annulled the expropriation of three sugar mills owned by GAM. On 27 February 2004 Mexico represented to the Tribunal in writing that the *Sentencia* was unappealable and would be executed by the Federal Government. The three mills would thus be returned to GAM. The expropriation of GAM's two remaining mills had not been challenged. Mexico's letter to the Tribunal represented: "*Los trámites para el pago de la indemnización por la expropiación de los otros dos ingenios también están en curso.*" ("The formalities for payment of the indemnity for the expropriation of the two other mills are also in progress.")

9. The hearings on the merits were held on 29 and 30 March and 1 April 2004 ("the Final Hearings"). The following witnesses testified before the Tribunal:

- Alberto Santos (Witness for the Claimant; Chairman of Ingenios Santos S.A. de C.V. and former President of the CNIAA);
- Juan Cortina (Witness for the Claimant; Chairman and Chief Executive Officer of GAM);
- José Manuel Tapia (Witness for the Respondent; official of the Ministry of Agriculture with responsibility for expropriated mills);
- Fausto García of F. García Asociados (Valuation Expert for the Respondent; author of a report on the valuation of GAM and the minority interest held by GAMI);
- José Pinto Mazal (Witness for the Respondent; Director of Beta San Miguel S.A. de C.V. and an official of the CNIAA).

Each of them had submitted written statements. Statements had also been produced by the following witnesses who were not called to answer questions:

- Timothy H. Hart & Brent C. Kaczmarek (Valuation Experts for the Claimant; authors of the Navigant Consulting report on the valuation of GAM and the minority interest held by GAMI);
- Luis Ramiro García Chávez (Expert for the Respondent; Professor of the Autonomous University of Chapingo and author of an analysis of the cane sugar industry in Mexico);
- Mark Alan Radzik (Witness for the Claimant; Managing Director of the GAMI affiliate Equity Group Investments);
- Pedro Adalberto González Hernández (Witness for the Respondent; Director of *Industrias basicas* of the Ministry of the Economy);
- Ulises Schmill Ordóñez (Legal Expert for the Claimant; former Chief Justice of the Supreme Court of Mexico and author of an Opinion on legal aspects of the Mexican Government's regulation of the sugar industry);
- Andrés Antonius González (Expert for the Claimant; former Technical Secretary to the Mexican Inter-Ministerial Working Group on Sugar and author of a report on the Mexican Sugar Industry);
- Dario Oscos Coria (Legal Expert for the Claimant; Professor of Bankruptcy and Procedural Law and author of an opinion on the *Suspensión de Pagos* Proceeding in Mexico);
- Jose Cruz Romero Romero (Witness for the Claimant; an accountant and sometime *Asesor General* to the *Unión Nacional de Productores de Caña de Azucar*);
- Carlos Sempé Minvielle (Legal Expert for the Respondent; former Judge of the Supreme Court

of Mexico and former consultant to the Presidency and author of an opinion on legal aspects of the regulation of the sugar industry).

10. The principal written submissions referred to in this Award are the following:

- GAMI's Statement of Claim dated ("SoC")  
10 February 2003
- Mexico's *Escrito de Contestación* ("EdC")  
dated 24 November 2003
- GAMI's Reply dated 5 July 2004 ("Reply")
- Mexico's *Escrito de Duplicia* dated ("Duplicia")  
11 March 2004
- GAMI's Post-hearing Brief dated ("Post-hearing  
Brief")  
24 May 2004
- Mexico's *Escrito posterior a la audiencia* dated ("Escrito  
posterior")  
24 May 2004
- GAMI's Rebuttal Post-hearing Brief ("Rebuttal")  
dated 4 June 2004
- Mexico's *Réplica al escrito de GAMI* ("Réplica  
posterior a la audiencia dated ("Réplica  
posterior")  
4 June 2004

11. The Tribunal provided Canada and the United States of America the opportunity to file written submissions in accordance with NAFTA Article 1128 both before and after the Hearing on Jurisdiction and the Final Hearings. The United States of America exercised its right under Article 1128 by filing a submission on questions of jurisdiction before the Hearing on

Jurisdiction. Neither of these two NAFTA Parties filed submissions on the merits. Both sent representatives to the Hearing on Jurisdiction and the Final Hearings in Washington.

### **3. FACTUAL BACKGROUND**

12. GAM and its predecessors acquired sugar mills from the Government of Mexico in the late 1980s and early 1990s in the context of a privatisation programme. By 1997 GAM's primary operations consisted of five mills:

- Tala
- Lázaro Cárdenas
- San Pedro
- San Francisco
- Benito Juárez

The first four produced standard sugar. Benito Juárez produced mostly refined sugar. In 2001 GAM was Mexico's fourth largest sugar producer. Its output represented 8.81% of Mexico's total production during the 2000/2001 harvest.

13. In December 1996 GAMI purchased a block of GAM shares sold by private placement at a cost of US\$ 25 million. In October 1997 GAMI paid a further US\$ 5 million to acquire additional GAM shares on the occasion of a public offering. In December 1998 GAMI received another tranche of shares pursuant to a term of the original private placement conditions. These three tranches represented a total holding of 14.18% of GAM's common shares. GAMI enjoyed a contractual right to designate three members of GAM's Board of Directors.

14. GAM's Chairman and CEO since September 2001 is Mr Juan Cortina. He testified that when he assumed those functions GAM's position among Mexico's largest sugar producers was in part the result of investments in the approximate amount of US\$ 42 million. Approximately US\$ 13.7 million thereof was expended in the years 1998-2000.

15. GAM had a packaging subsidiary (*Proveedora de Alimentos México SA de CV*). GAM also had three separate service companies. None of these four entities owned significant assets.

16. Mr Cortina testified that the Government failed in a number of ways to fulfil its regulatory functions under the regime established pursuant to the so-called Sugarcane Decree of 1991. (It was amended in 1993 and affected by ministerial *acuerdos*.) Export requirements were not enforced. The establishment of production ceilings were required by law but never materialised. Sugar was dumped on the domestic market. Mills were caught between low prices for their product and the regulated high cost of their primary raw material (sugarcane). The entire industry experienced a crisis beginning in 1999. The result for GAM was a filing for *suspensión de pagos* (suspension of payments) on 9 May 2000. This judicial procedure was intended to allow the restructuring of GAM's debt and its avoidance of bankruptcy.

17. 22 sugar mills were formally expropriated by a decree published on 3 September 2001 ("the Expropriation Decree"). They included all five of GAMI's mills. 34 other mills were left in private hands. The Expropriation Decree recited that it had been enacted on grounds of public purpose identified in the *Ley de Expropiación* of 1997 ("the Expropriation Law").

18. GAM forthwith challenged the constitutionality of the Expropriation Law and the Expropriation Decree by means of *amparo* proceedings before the relevant Mexican administrative courts. Soon thereafter Mr Cortina withdrew the *amparos* relating to San Pedro and San Francisco. He states that the assets of each of the three other mills exceeded its liabilities as of 30 September 2001.

19. Other mill owners also brought *amparo* proceedings. In October 2002 one such action resulted in a ruling of invalidity of the expropriation of a mill owned by *Consorcio*

*Azucarero Caze SA de CV.* In January 2003 the *Grupo Machado* obtained a similar judgment.

20. On 9 February 2004 the Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito rendered a 600-page *Sentencia de Amparo en Revisión* (the “*Sentencia*”) in favour of GAM. It held the Expropriation Decree to be unlawful and therefore ineffective as to the three mills.

21. The Parties have confirmed in writing their understanding that the *Sentencia* is unappealable.

22. The practical consequences with respect to the mills were set out in Mexico’s letter to the Tribunal of 27 February 2004 (see Paragraph 8 *supra*).

#### **4. THE CLAIMS**

23. A fundamental feature of GAMI's claims is that they are derivative. GAMI does not claim that Mexican governmental measures were directed against its shareholding in GAM. Its grievance is that the value of its shareholding was adversely affected by measures which caused GAM's business to suffer. Another fundamental aspect of the case is that GAMI cannot invoke contractual commitments by Mexico. Neither GAM nor GAMI had contracts with the Government. GAMI therefore cannot say that its investment decision was predicated on contractual promises to establish or maintain a certain regime for its investment. There is by definition no need to consider contractual intentions in the sense of a meeting of the minds between government and investor. What GAMI must rely on is NAFTA as a means by which Mexico's conduct in the context of its regulatory framework might be subject to international legal review.

24. GAMI's Statement of Claim identified Mexico's alleged breaches as the following:

- (A) *Failing to accord GAMI's investment "fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with international law" as required by NAFTA Article 1105.* GAMI criticises Mexico for "arbitrary conduct with respect to implementation and application of Mexico's sugar regime" and "arbitrary and discriminatory expropriation of GAM's sugar mills."
- (B) *"Treating GAMI and its investments less favourably than it treated Mexican investors and their investments in like circumstances" as forbidden by NAFTA Article 1102.* GAMI criticises Mexico for "expropriating the sugar mills of GAM when investors in other sugar mill-owning enterprises in like

circumstances did not have their sugar mills expropriated” and “requiring GAM to fulfil its export requirements while not also requiring other investments in like circumstances to fulfil their requirements.”

- (C) *Violating NAFTA Article 1110 which protects investors against wrongful expropriation.* GAMI criticises Mexico for “indirectly expropriating GAMI’s share in GAM in a manner inconsistent with the requirements of Article 1110.”

25. The Tribunal accepts GAMI’s logic in first presenting the claim under Article 1105. This approach allows a broad examination of the facts to determine whether there was a violation of minimum international standards in general. That background will conveniently set the stage for the more narrowly focused examination of the allegation of discrimination.

## **5. JURISDICTION AND STANDING**

26. GAMI is an “investor of a Party” as described in NAFTA Article 1139. GAMI’s 14.18% equity interest in GAM is an “investment” under the same Article. GAMI alleges that Mexico has breached obligations under Section A of NAFTA Chapter 11. GAMI claims it has suffered loss or damage in consequence thereof.

27. The disputing Parties have devoted considerable efforts to the issue whether GAMI is entitled to claim on account of its derivative prejudice as a shareholder. The heart of this debate is whether governmental acts or omissions that adversely affect GAM may be pleaded as breaches of NAFTA because they had the result of reducing the value of GAMI’s stake in GAM.

28. Mexico did not formally seize GAMI’s shares in GAM. GAMI argues instead that Mexico’s expropriation of GAM’s five mills rendered GAMI’s investment virtually worthless because the mills were substantially all of GAM’s productive assets. Chapter 11 does not require a claimant shareholder to be a majority or controlling owner for his investment to qualify for protection. GAMI argues: “If it were possible for a state to escape liability to foreign shareholders by the simple expedient of seizing the assets without seizing the shares, then the protections of Article 1110 would be illusory for any investor in a corporation.” GAMI invokes *AIG v. Iran*<sup>1</sup> where the claimant was awarded damages for a 35% interest in an Iranian insurance corporation. GAMI also relies on *Liamco v. Libya*<sup>2</sup> where compensation was ordered following nationalisation of a 25.5% interest in three oil concessions.

---

<sup>1</sup> 4 IRAN-US CLAIMS TRIBUNAL REPORTS 96 (1983)

<sup>2</sup> 20 ILM 1 (1977).

29. The United States in its written observation before this Tribunal accepts that Article 1116 entitles minority shareholders to bring a claim for loss or damage on their own behalf. It argues however that Article 1116 does not reflect “an intent to derogate from the rule that shareholders may assert claims only for injuries to their interests and not for injuries to the corporation.” It refers to *Barcelona Traction*<sup>3</sup> as authority for the rule. It cites a US Statement of Administrative Action from 1993 as evidence that “at least one of the Parties” to NAFTA understood Article 1116 to cover only *direct* injury to an investor while Article 1117 envisages injury caused to a local corporation *owned or controlled* by an investor.

30. The Tribunal however does not accept that *Barcelona Traction* established a rule that must be extended beyond the issue of the right of espousal by diplomatic protection. The ICJ itself accepted in *ELSI*<sup>4</sup> that US shareholders of an Italian corporate entity could seize the international jurisdiction when seeking to hold Italy liable for alleged violation of a treaty by way of measures *imposed on that entity*.

31. The ICSID Tribunal in the *Goetz* case stated:

*“... le Tribunal observe que la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs.”<sup>5</sup>*

That tribunal included a former President of the ICJ.

32. The annulment committee in *Vivendi* was more explicit in explaining that:

*“it cannot be argued that CGE did not have an ‘investment’ in CAA from the date of the conclusion of the Concession Contract, or that it was not an ‘investor’ in respect of its own shareholding, whether or not it had overall*

---

<sup>3</sup> ICJ REPORTS 3 (1970).

<sup>4</sup> ICJ REPORTS 15 (1989).

<sup>5</sup> 6 ICSID REPORTS 3, at para. 89 (1999).

*control of CAA. Whatever the extent of its investment may have been, it was entitled to invoke the BIT in respect of conduct alleged to constitute a breach ....”<sup>6</sup>*

33. The Tribunal does not accept that directness for the purposes of NAFTA Article 1116 is a matter of form. The fact that a host state does not explicitly interfere with share ownership is not decisive. The issue is rather whether a breach of NAFTA leads with sufficient directness to loss or damage in respect of a given investment. Whether GAM can establish such a prejudice is a matter to be examined on the merits. Uncertainty in this regard is not an obstacle to jurisdiction.

34. The classification of alleged breaches described in Section 4 are dictated by the relevant NAFTA Articles. It would be artificial to consider the factual bases for the alleged breaches under these headings. The relevant factual propositions being advanced by GAMI are more readily understood as follows:

- Mexico was guilty of *maladministration* in regulating the sugar industry. How this purportedly amounted to alleged violations of Articles 1105 and 1102 is obvious. GAMI alleges that the maladministration also resulted in a breach of Article 1110 because it was so egregious as to be tantamount to expropriating GAMI’s investment in GAM.
- Mexico wrongfully *expropriated* GAM’s mills. This is pleaded as a breach of Article 1105 *in regard to GAMI*. The *de jure* expropriation is also invoked as part of the factual circumstances which GAMI argues must lead to the conclusion that it was the victim of governmental conduct tantamount to expropriation of its shareholding in GAM under Article 1110.

35. The distinction between the alleged *de facto* expropriation of GAMI’s shares in GAM and the *de jure* expropriation of GAM’s five mills is critical. GAMI’s shareholding was never expropriated as such. GAMI contends that Mexico’s conduct impaired the value of its shareholding to

---

<sup>6</sup> 6 ICSID REPORTS 340 (2002).

such an extent that it must be deemed tantamount to expropriation. The mills were expropriated by a formal Decree. Yet the Mexican courts have neutralised its effect with respect to the three mills that ultimately remained the object of GAM's *amparo*. The Mexican Government has assured the Tribunal that it will give such compensation as required by Mexican law with respect to GAM's two other expropriated mills. All this was achieved at the initiative of the owner of the mills: GAM.

36. The Tribunal therefore faces important questions with respect to two sets of relationships. The first is that of GAM and GAMI. The second is that of the Mexican judiciary and the NAFTA Tribunal.

37. NAFTA Article 1117 would have allowed GAMI as a 100% shareholder of GAM to seek relief for alleged breaches of the treaty by Mexico. GAMI would not have been required to cause GAM to seek relief before the Mexican courts. It has been shown above that the fact that GAMI is only a minority shareholder does not affect its right to seek the international arbitral remedy. Does this conclusion need to be reconsidered because of the initiatives of *other* shareholders in GAM? The owners of the other 85.82% shares might for reasons of their own have chosen not to cause GAM to seek relief before the Mexican courts. (They might simply have been defeatists. Or they might have made their separate peace with the Government and abandoned any complaint in return for offsetting benefits.) That would not disentitle GAMI.

38. It is difficult to see why GAMI's position under NAFTA should be impaired because the controlling shareholder caused GAM to seek redress in the Mexican courts:

- (A) Clearly GAMI would not lose its rights if the outcome had been that the local courts upheld the expropriation and fixed a derisory amount of compensation. It is in the very nature of NAFTA to create a regime in which a foreigner's entitlements do not necessarily coincide with those of a citizen even with respect to ownership of identical types of assets:

*"[It] not infrequently happens that under the rules of international law applied to controversies of an international aspect a nation is required to accord to aliens broader*

*and more liberal treatment than it accords to its own citizens under its municipal laws ... The citizens of a nation may enjoy many rights which are withheld from aliens, and conversely, under international law, aliens may enjoy rights and remedies which the nation does not accord to its own citizens."*

This passage is from the *Hopkins* case.<sup>7</sup> (*Hopkins* complained of non-payment of postal money orders he had purchased from the Mexican government. The latter answered unsuccessfully that obligations of the preceding government had been nullified by decree.) Many other similar passages may be found in the authorities and the literature. The sentences from *Hopkins* have been chosen because they were referred to in *S.D. Myers*.<sup>8</sup> (That award was transparent whenever the tribunal was not unanimous. No reservation was expressed with respect to the reliance on *Hopkins*.)

- (B) Nor indeed does the position change when one reaches the problem in the present case: the expropriation is rescinded by the national courts but the minority investor remains unsatisfied. In the wake of the *Sentencia* the majority shareholders may be content or disabused. They may have complaints about incidental losses caused by the wrongful expropriation notwithstanding its reversal. They may be dissatisfied with the compensation to be offered on account of the two mills whose expropriation was unchallenged. They may be sanguine or apprehensive about Mexican judicial acceptance of such complaints. But this is the relief that is available to them. They are Mexican nationals and do not have standing under Chapter 11 of NAFTA. GAMI however is entitled to seek international relief from a NAFTA Tribunal on account of a wrongful expropriation. It is difficult to see why GAMI's claim should founder because the Mexican courts have *agreed* with GAMI's thesis. GAMI did not put its thesis to those courts. GAMI pursued an international action which it was entitled to bring.

---

<sup>7</sup> US-Mexican Claims Commission, IV *UNRIAA* 41, at 47 (1926).

<sup>8</sup> First Partial Award of 13 November 2000, 8 ICSID REPORTS (forthcoming), at para. 260 (2000).

39. As the Umpire put it in the *Selwyn* case decided in 1903 by the British-Venezuelan Commission:

*"International arbitration is not affected jurisdictionally by the fact that the same question is in the courts of one of the nations. Such international tribunal has power to act without reference thereto, and if judgment has been pronounced by such court, to disregard the same so far as it affects the indemnity to the individual, and has power to make an award in addition thereto or in aid thereof as in the given case justice may require.*

*Within the limits prescribed by the convention constituting it the parties have created a tribunal superior to the local courts."*<sup>9</sup>

40. This century-old holding was itself based on venerable authority. The Jay Treaty of 1794 between the US and Great Britain was concluded to resolve acute controversies in the wake of the American Revolution. International commissions were established to rule on claims brought by individuals. Some such claims involved citizens of one country dissatisfied with their treatment by the courts of the other. The British commissioners took the view that the decisions of English courts were final. The US commissioners were able to secure a majority decision to the contrary. One of them (William Pinckney) put it as follows in *The Betsy* (1797):

*"neither the United States nor the claimants its citizens are bound to take for just the sentence of the lords, if in fact it is not so; ... the affirmation of an illegal condemnation, so far from legitimating the wrong done by the original seizure and precluding the neutral from seeking reparation for it against the British nation, is peculiarly that very act which consummates the wrong and indisputably perfects the neutral's right of demanding that*

---

<sup>9</sup> J.H. Ralston, VENEZUELAN ARBITRATIONS OF 1903, p. 322, at 327 (1904).

*reparation through the medium of his own government.”<sup>10</sup>*

89 years later Francis Wharton wrote that this “is now accepted law.”<sup>11</sup> The Umpire in *Selwyn* expressly relied on this statement by Wharton.

41. It was for the Mexican courts to rule on the licitness of the expropriation as a matter of Mexican law. The present Tribunal defers to the *Sentencia* as an authoritative expression of national law. The present Tribunal will moreover give respectful consideration to the *Sentencia* insofar as it applies norms congruent with those of NAFTA. International tribunals are properly reluctant to conclude that national law contradicts international law. But ultimately each jurisdiction is responsible for the application of the law under which it exercises its mandate. It was for the Mexican courts to determine whether the expropriation was legitimate under Mexican law. It is for the present Tribunal to judge whether there have been breaches of international law by any agency of the Mexican government. A fundamental postulate in applying NAFTA is that enshrined in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: “A party may not invoke the provisions of its own internal law as justification for its failure to perform a treaty.” Whether such national laws have been upheld by national courts is ultimately of no moment in this regard.

42. A serious jurisdictional impediment would loom if GAMI’s claim for breach of Article 1105 had been based solely on the allegedly “arbitrary and discriminatory expropriation of GAM’s sugar mills.” GAMI cannot plead for GAM. But GAMI’s Article 1105 claim has another distinct factual basis; see Paragraph 24(A) *supra*. GAMI is entitled to raise it.

43. The Tribunal has jurisdiction with respect to all of GAMI’s claims.

---

<sup>10</sup> J.B. Moore, *HISTORY AND DIGEST OF INTERNATIONAL ARBITRATIONS TO WHICH THE UNITED STATES HAS BEEN PARTY* 3184 (1898).

<sup>11</sup> *A DIGEST OF THE INTERNATIONAL LAW OF THE UNITED STATES*, Vol. 2, Sec. 242 (1886).

## **6. MALADMINISTRATION**

### **6(A) Factual bases of GAMI's complaint**

44. GAMI asserts that Mexico's maladministration resulted in both a denial of national treatment and in a breach of international minimum standards.

#### **(i) The regulatory framework**

45. Agricultural economics tend to be complex. The Mexican sugar industry is characterised by special complicating factors. The productive life of sugarcane is 4-8 years. Farmers (*cañeros*) are understandably disinclined to convert their fields to other crops early in the cycle. The supply of sugarcane therefore responds slowly to the market. Sugarcane is processed optimally within 24 hours of harvesting. (48 hours is a maximum given the loss of sucrose.) Mills must therefore be readily accessible. *Cañeros* cannot operate without mills in proximity. Once a mill is constructed it depends on input from *cañeros* in the area. Mr Antonius estimates that the price paid for sugarcane accounts for 70% of the costs of a mill. GAMI describes this as "a relationship of mutual dependence." Mr Antonius strikingly speaks of a "bilateral monopoly."

46. The industry has a considerable political dimension. Harvesting is labour-intensive. The start-up costs of mills are high. Mr Antonius writes that 30,000 workers are employed in sugar mills. Ten times that number work in the fields as growers and cutters. The industry has a particular historical resonance in Mexico. Sugar was introduced by Cortés four centuries ago. Much private wealth in 19<sup>th</sup> Century Mexico came from large plantations. Zapata and his revolutionary army were *cañeros*. The Mexican Constitution long prohibited corporate ownership and leasing of agricultural land. Sugarcane today is grown on thousands of small plots. The

trend is not toward concentration. Mexico explains that in 1970 fields smaller than 8 hectares represented 50% of the total surface of canefields. In 2000/2001 that proportion grew to 66%. Mexico states that 91% of the country's *cañeros* work on such fields.

47. Against this background it is not surprising that this Mexican industry has a long tradition of state intervention. Mexico is however far from unique in this regard. Mr Antonius's description is worth quoting:

*"The world sugar industry is also one of the most economically distorted, almost notoriously so. In both developed and developing economies one finds evidence of widespread government intervention in the sector. A very important component of this intervention is protection through trade barriers and quotas, but it also extends to encompass subsidies, production controls, and a series of additional fiscal and legal incentives or restraints. These policies greatly isolate the industry from price signals. These practices of protection have also resulted in the sugar industry being one of the most politicised in most economies, as the various interest groups linked to the industry constantly pressure their governments in an attempt to maximize their benefits."*

48. Mexico does not disagree with GAMI's expert in this respect. Indeed it considers that GAMI *understates* the magnitude of the "enormous distortions" on the world market. More than 120 countries produce sugar. About 70% of worldwide sales are made at regulated prices. Subsidised domestic prices encourage overproduction which in turn leads to dumping. National regulators and international trade negotiators intervene with unpredictable aggregate effects. The availability of substitute products and the evolution of consumer purchasing power play their part. The weather does the rest. Mexico cites these figures (US\$ per pound) to reflect the volatility and crisis of the relevant period:

	<b>1996</b>	<b>2000</b>
Refined sugar	17.40 c	9.10 c
Raw sugar	12.40 c	7.53 c
Refining margin	5.01 c	1.57 c

The last figure shrank to 0.55 c in the first quarter of 2001.

49. GAMI suggests that countries which are net importers of sweeteners can support domestic prices by limiting imports. Mexico is not in that position. Its production is higher than domestic demand. Import restrictions are insufficient to sustain high prices. Domestic supply may be controlled by regulating producers in two ways: restricting production or requiring export. Mexico answers that the experience of the US proves that import restrictions alone are insufficient to ensure the maintenance of price levels. The government does not seek to reduce excess production by mandatory production limits or export requirements. The government's policy is rather to seek consensus with industrialists and *cañeros*.

50. Exports to the US are attractive for Mexican sugar producers. Prices there have generally been higher than in Mexico. But the US imposes national quotas for its imports. Its market therefore offers a limited solution. The remaining world market is unattractive. The emergence of other sweeteners and gluts attributable to subsidies have driven the world price down below Mexican prices. None of this is disputed.

51. The Mexican Government took over most of the country's mills in the 1970s when they defaulted on debts owed to the government. GAMI states that their insolvency was to a significant degree caused by the government's "deliberate" imposition of high input prices to benefit the *cañeros* and low output prices to satisfy consumers. Mexico asserts as a worldwide phenomenon that:

*"Los gobiernos con frecuencia intervienen para apoyar los precios de los productores agrícolas – i.e. los productores de azúcar de caña y de remolacha. Estos programas con frecuencia tienen efectos adversos sobre los procesadores de esas materias primas."*

*(“Governments frequently intervene to support the prices of agricultural producers – i.e. the producers of sugar cane and sugar beet. These programmes frequently have adverse effects on those who process these raw materials.”)*

52. Ten years later a privatisation programme was implemented. For the sugar industry the relevant legal framework became the Sugarcane Decree of 31 May 1991. This Decree declared all phases of the sugarcane industry – from planting to refining – to be of public interest. It specifically fixed new rules for the supply of sugarcane to the mills.

53. The Sugarcane Decree was to be implemented by an entity established under the name *Comité de la Agroindustria Azucarera* (“CAA”). The CAA is chaired by the *Secretaría de Agricultura*. The *Secretaría de Economía* also participates. (The latter was previously known as the *Secretaría de Comercio y Fomento Industrial* or SECOFI. It will be referred to in this award by its current name.) The *cañeros* have two representatives on the CAA. So do the mills.

54. So-called *Comités de Producción Cañera de los Ingenios del País* (“Comités”) were also established by the Sugarcane Decree. Each of these local bodies includes the leader of the relevant organisation of *cañeros* as well as the manager of the mill. The *Comités* record the minutes (*acta*) at the end of the campaign. The Government is not represented in the *Comités*.

55. Article 7 of the Sugarcane Decree designated the *Junta de Conciliación y Arbitraje de Controversias Azucareras* (“JCACA”) as the competent authority to resolve economic disputes between *cañeros* and mills. This organ is tripartite in the manner of the CAA.

56. The Sugarcane Decree declared *inter alia* that:

*“it is necessary to promote the [sugar] industry by giving economic certainty to the different sectors that participate in production thereof, such that said production be profitable, and also be able to foment its own growth.*

*That it is necessary for trade policies to allow for a permanent sugar supply, thus it is prudent to link the price of sugarcane to that of sugar so as to ensure equity to all participants in the production chain."*

57. The words emphasised in this quotation contain the seeds of discord. GAMI contends that the objectives they identify "require the directions of the Government, either directly or through the CAA that it controls." Mexico sharply disagrees. It says the Sugarcane Decree is consensus-driven. The Government attempts to mediate but does not dictate outcomes.

58. The Sugarcane Decree provided that 54% of the price of sugar would be paid to *cañeros* for the sugarcane. (This percentage was increased to 57% in 1993 by an amendment to the Decree.) If there was no official bulk price for sugar it would be as determined by the CAA. Mills were required to purchase all sugarcane output from designated areas.

59. An *Acuerdo* issued on 25 March 1997 (the "1997 Acuerdo") purported to establish the manner of determining a national reference price for sugarcane. It was a weighted average of prices received for the semi-refined *estándar* sugar in the domestic and export markets. Increased sales on the low world market would in theory reduce the reference price. They would dissuade the *cañeros* from continuously increasing production. The *Acuerdo* envisaged that the reference price would be fixed at the beginning of the campaign and be in vigour from October 1<sup>st</sup> each year to September 30<sup>th</sup> the next. (The harvest season generally runs from November to June.) The calculation involved *expected* domestic and international sales. At the end of each campaign an adjustment would be made in light of actual figures. These were to be established by the *Comité* for each mill. Underpayments to the *cañeros* would be topped up by the mill and overpayments returned. Mexico's position is that a mill which received prices inferior to the reference price had the means of adjusting the latter within its *Comité*. Its failure to do so cannot be attributable to the Government.

60. GAMI describes the *Acuerdo* as a "government measure ... at the Ministerial level." Mexico refers to it as the

manifestation of a consensus within the CAA about *reglas* and *disposiciones* to implement the Sugarcane Decree.

61. GAMI avers that the 1997 *Acuerdo* also established the principle that mills must comply with export quotas set by the *Secretaría de Economía*. Mills failing to do so were to pay a penalty. It was substantial: 2.5 times the significant and variable difference between Mexican and world prices. This differential was simply to be multiplied by the export deficit to derive the amount of the penalty.

62. Mexico denies that the *Acuerdo* created a legal obligation to satisfy export quotas. The penalty was *convencionalmente acordada*. The Government was not responsible for implementing it by coercion. The *Acuerdo* did not give the relevant *Secretarías* authority to pronounce either of the two possible administrative sanctions: fines or *arresto administrativo*. The Sugarcane Decree empowered the JCACA to resolve all economic disputes between industrialists and *cañeros* – or between mills *inter se*. The Government had no means of intervening if the *cañeros* did not ask for upward adjustments when the export ratio fell short. This was a matter for the relevant *Comité* or if necessary the JCACA. The task of computing the quota for individual mills fell to the *Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcoholera* (CNIAA) under a *Procedimiento* issued on 29 January 1997. Almost all industrialists subscribed to this *Procedimiento*. Mr Gallardo signed on behalf of GAM.

63. On 31 March 1998 this regime was complemented by another *Acuerdo* (the “1998 *Acuerdo*”). It provided production ceilings for mills. Overproduction was to be penalised. Underproduction was to be rewarded. Annual ceilings were to be established for each mill before October each year by the Secretaries of Agriculture and Economy (having regard to the views of the CAA). Mexico points to an agreement dated 10 June 1998 between CNIAA and two *cañero* unions to the effect that those entities would ask the two *Secretarías* to establish a *producción base* for each mill.

64. The 1998 *Acuerdo* contemplated that production ceilings would be established by reference to the 97/98 campaign. The actual production during that campaign turned out to have been underestimated. Mexico affirms that it therefore became necessary to find a more precise method.

Meanwhile the levels were not established. This led to an *Acuerdo* of 2000 pursuant to which production levels were set in proportion to the number of hectares of sugarcane fields that corresponded to each mill.

**(ii) Alleged failures of implementation and enforcement**

65. GAMI asserts that Mexico “flagrantly and systematically failed to implement and enforce the law.” It used unrealistic estimates to inflate the reference price for sugarcane. The export requirements were simply never enforced. Production ceilings were not even set. The result was ruinous for GAM’s mills. The domestic price of sugar declined. The cost of sugarcane increased. Finally the cost of production exceeded the price of the sugar produced.

66. GAMI summarises the “disastrous effect” of Mexico’s alleged failures of implementation and enforcement in dramatic figures. GAM’s average blended price decreased by 13.2% from 1997 to 2000. Yet the cost of sugarcane rose by 38.8%. GAM’s operating profits of M\$ 368 million in 1996 were transformed to an operating loss of M\$ 302 million in 2000.

67. GAMI described the thrust of Mr Pinto’s testimony as a confirmation that “Mexico’s abdication of its responsibilities was a primary cause of the market disorder that eroded the value of GAMI’s investment prior to the expropriation.” Mexico sharply objects that Mr Pinto said no such thing. He referred to a number of factors. They included imports of fructose as well as a failure to obtain “deserved” quota levels from the US.

68. **The first of the three general areas in which GAMI alleges that Mexico fell short of its legal duties relates to the reference price and its adjustment.** The 1997 *Acuerdo* (see Paragraph 59 above) was intended to establish a mechanism for determining a national reference price for sugarcane as a weighted average of domestic and export prices for semi-refined sugar. GAMI contends that this system required that the Government communicate prices at the end of each harvest as captured by its *Sistema Automatizado Aduanero Integral*. Its failure to do so prevented any adjustment of the price of sugarcane. GAM’s mills were therefore “forced to overpay” during four consecutive years.

69. Manifestly the 1997 *Acuerdo*'s announced objective failed to materialise. It is also quite evident that the Government's performance was lacking. No explanation for this failure has been provided by Mexico. Its defence has rather been to deny that it had a clear obligation. Alternatively Mexico argues that its passivity was not prejudicial. The mills and their national Chamber (the CNIAA) had access to the required information in a timely manner. GAMI retorts that there is no proof to this effect. Moreover Mexico's contention is no defence to GAMI's challenge that Mexico failed to respect its legal obligation to provide this information.

70. **The second general area relates to export requirements.** To require all mills to comply with export quotas would alleviate pressure on domestic prices. (See Paragraphs 49 and 61 above.) To fail to do so across the board would distort competition among mills. GAMI alleges that the Government badly neglected to ensure compliance as it was legally obliged to do. It did not monitor and establish the level of compliance by individual mills with their export quotas. Delinquent mills were not penalised by JCACA – which GAMI describes as a “Government-controlled body.”

71. Mexico answers that the mill industry itself was to a significant degree responsible for resolving the problem. It should have done so through the JCACA – which Mexico insists is a tripartite entity intended to promote consensus rather than to function as a governmental organ. It may have been the case that some mills ignored their export quotas. But then GAM should have pursued the violators. Instead it sought to “frustrate” the functioning of JCACA by challenging its jurisdiction when *cañeros* filed actions demanding information from the mills. Indeed Mexico wonders why GAM and its compliant allies within the CNIAA did not move to discipline or indeed exclude from that Chamber members whose delinquency was so obviously tantamount to unfair competition.

72. GAMI points out that two mills actually operated by the Government also failed to comply with export requirements. This set a poor example which GAMI says “caused further non-compliance.” Mexico answers that these mills were not in fact owned by the Government. They were bankrupt and run by a public *fideicomiso* (trustee). GAMI characterises this answer as “hyper-technical.” It argues that the Government had “ample authority to cause Santa Rosalía and La Joya to comply with their export requirements had it wished to do so.”

73. Once again the failure of the 1997 *Acuerdo* is evident. If Mexico had an obligation to achieve effective implementation its failure seems clear. Such is the thrust of Lic. Schmill's legal opinion. But the conclusion is less clear if the test of responsibility involves subjective elements: an *intentional* or *irresponsible* disregard for the success of the regulatory regime. The Tribunal's legal analysis will be developed in due course. The immediate inquiry concerns the causes of the failure of the envisaged export quota scheme.

74. GAMI argues that Article 7 of the 1997 *Acuerdo* created a "legal obligation" for the Government to issue a determination of each mill's level of compliance with its export obligations. Mexico sharply rejects this as an unjustified reading of the text of the *Acuerdo*. The individual *Comités* are in fact charged with this task. Mexico refers to more than 400 recorded instances of *actas* from various *Comités* without any request for confirmation by the Government of the information put forward within the concerned *Comité*. It would be up to the JCACA to resolve any difference within a particular *Comité*. The Government's role was to provide (*proporcionar*) information. Mexico insists that this was done – "completely and diligently" – at the request of the JCACA and the *cañeros*.

75. The present Tribunal is presented with a series of propositions which the parties have debated at length. Did the setting of quotas require consultations? Did the mills take sufficient initiatives? Should their national Chamber have done more to police its members? Is the JCACA to be deemed an organ of the Government? Did the mills seek to hamstring the JCACA in 1999? What difference did it make? Did the JCACA and the various *comités* function as intended? If not was the Government obliged to devise and make effective alternative mechanisms to achieve the defined objectives? Had the mills changed their attitude toward the JCACA by 2000 and 2001? Was GAM in particular entitled (no matter what it may have done on an informal or political level) to maintain formal passivity and nevertheless hold the Government to an obligation of effective implementation? Was any redress available to GAM in its position as an indirectly affected party?

76. There are doubtless answers to these questions under Mexican law. Whether this Tribunal may and should provide such answers is another matter. At this juncture it suffices for the Tribunal to observe that the Mexican regulatory regime did not contain an unambiguous affirmation to the effect that *the*

*Government shall announce annually individual export quotas for all mills and shall promptly enforce any non-compliance.* The questions identified in Paragraph 75 demonstrate that the regulatory regime was far more complex. The Tribunal holds that a foreign investor contemplating this regime could not have acted on the certain expectation that it had the import of the italicised words.

77. A confirmation of this conclusion is to be found when one reflects on Mexico's account of the initiatives it claims to have taken in support of sugar exports. Mexico's *Escrito posterior* describes seven categories of such initiatives:

- (a) In 1998 Mexico sought redress against the USA under NAFTA Article 20 with a view to establishing access of Mexican surpluses to the US market. This initiative was frustrated by the US's refusal to empanel a tribunal. GAMI retorts that this action "does not address compliance by individual mills with the 1997 *Acuerdo*."
- (b) In 1995 Mexico acceded to a request by the owners of sugar mills to eliminate official prices. GAMI retorts that this measure was irrelevant to the export requirement instituted two years later.
- (c) The Government granted subsidies to allow for the stocking of 600,000 tonnes of sugar. Only mills having respected the export requirements were allowed to benefit from these subsidies. GAMI retorts that these subsidies were offset by a Government-mandated increase in the price of sugarcane during three consecutive harvests from October 1997.
- (d) Mexico acceded to a request by mill-owners to launch an antidumping investigation with respect to fructose originating in the US. This resulted in the imposition of compensatory quotas. GAMI retorts that this is irrelevant; proper implementation of the 1997 *Acuerdo* "would result in automatic and balanced adjustments to changing conditions" such as decreases in sugar consumption due to conversion to fructose.
- (e) Mexico put into place a debt restructuring programme. GAM benefited therefrom in that it was given a low-

interest credit facility which enabled it to buy back a portion of its dollar-denominated foreign debt. GAM retorts that this was no favour. GAM ultimately raised capital from the US public debt market to *prepay* loans from the Mexican development credit organism (FINA).

- (f) Mexico fulfilled its role within the CAA. It used its two seats (of the total of six) to seek consensus with the *cañeros* and the mills. The record shows that the CAA always acted by more than consensus: unanimity. Pursuant to the Sugarcane Decree the CAA developed the regime which ultimately took the form of the *Acuerdos* of 1997 (as amended in 1998) and 2000. The CAA's constant purpose was to come to grips with the problem of excess production. GAM retorts that the *Acuerdos* on their face were issued by the Government alone. Above all the problem was not to issue regulations but to enforce them.
- (g) "One of the ways" in which Mexico sought to promote compliance with export quotas was to limit access to the export quota to the high-price US market established under NAFTA to those mills that had complied with their general export quotas. GAM retorts that this was meaningless because the US quota was very small.

78. Thus each of Mexico's arguments meets a counterargument by GAM. Some of GAM's rebuttals pertain to a lack of logical connection with the particular regulatory mechanism which it insists Mexico had a legal duty to implement and enforce. Other objections relate to a lack of causal connection. Yet others are part of a macroeconomic debate. All of GAM's counterarguments might be ultimately valid. Yet the record shows that Mexico in many ways and over the course of many years sought to address the problem of excess production. It is by no means established that Mexico repudiated or arbitrarily ignored its own regulations. What GAM has succeeded in demonstrating is that Mexico failed to make the 1997 *Acuerdo* a reality. The consequences of these findings will be addressed when the Tribunal turns to determine whether international liability on Mexico's part has been established.

79. A major bone of contention in this case concerns Mexico's alleged failure to take action against the CAZE group

of mills. GAMI writes that “Mexico does not deny that it was aware of CAZE’s fraud as early as October of 1999.” GAMI refers to the alleged falsification of documents to demonstrate ostensible compliance with export requirements. Mexico emphatically rejects this assertion. The *Secretaría de Economía* had doubtless received a letter from Mr Santos (as President of the CNIAA) dated 29 October 1999 calling attention to the position of CAZE. But this letter spoke of “serious irregularities” which “create a presumption” that the declared volumes of exports were not true. He called on the *Secretaría* to take the “necessary action” to determine who was responsible for this “regrettable” (*lamentable*) state of affairs. He noted that the CNIAA itself had asked CAZE to give a detailed account of the irregularities. He wrote a follow-up letter on 14 December 1999 which reiterated the elements summarised above. He added that CAZE “has initiated its internal investigation ...; its results will in due course be brought to [your] attention.” Mexico observes that this was far from proof of a fraud. To the contrary the CNIAA ultimately took no action against CAZE.

80. GAMI suggests that Mexican officials had arbitrarily (or possibly by favouritism) decided not to pursue CAZE. Mr Santos testified that he had been told by public officials that “the case was closed” and should be forgotten. This is a serious accusation. It cannot be given credence in the absence of evidence. There is only Mr Santos’s recollection. He may have misunderstood. His memory may be faulty. And if he were right it is difficult to avoid reflecting that his own stance as the leader of an important industrial organisation was uncourageous given his own views that the matter had “*graves implicaciones a toda la industria*” (letter of 27 October 1999). GAMI has criticised Mexico for failing to “intervene in a timely manner to protect the public interest that had been harmed by CAZE.” Mexico retorts ironically that GAMI apparently believes that the invocation of the public interest suffices for “executive branches of the governments of the world to take ad hoc initiatives even in the absence of any request by affected parties – and even contrary to their will.”

81. **The third and final general area of alleged maladministration concerns production limits.** GAMI asserts that the 1998 *Acuerdo* required the Government to perform this function. The CAA’s advisory role did not justify that the Government “abdicate its legal duty to act in the absence of consensus.” Moreover the 2000 *Acuerdo* created a legal obligation to issue rules for the production controls.

Mexico's failure to do so made it impossible to apply and enforce the 2000 *Acuerdo*.

82. Mexico takes exception to the following passage in GAMI's Post-Hearing Brief:

*"There is no question that the 1998 Acuerdo required the Government to determine per mill base production levels starting with the 1997-1998 harvest... Chief Justice Schmill's testimony that the Government was under a legal obligation to act stands unchallenged..."*

Mexico insists that Lic. Schmill said no more than that *producción base* levels set by the authorities for individual mills would be obligatory. This is not the same as saying that Mexico violated the 1998 *Acuerdo* because it did not define such levels for the 1998/99 harvest. Mexico's position is that both mill owners and *cañeros* agreed that the methodology of the 1998 *Acuerdo* was inadequate. It was therefore agreed with the Government to seek a new methodology. The result was a decision that the methodology of the 2000 *Acuerdo* would be based on the number of cultivated hectares corresponding to each mill. This was an "objective datum." (The previous reference to volumes produced during the 1997-98 harvest had resulted in an underestimation.) Each mill as well as the CNIAA itself thus knew what the point of reference would be. Mr Santos (as President of the CNIAA) explicitly acknowledged it as the product of an agreement which would be applied as of the 2000/01 harvest. The 2000 *Acuerdo* does not require that the levels be published. They are simply made available in the offices of the *Secretaría de Economía* and the CAA. GAM never asked for written or "official" confirmation.

#### **6(B) Minimum standard of treatment: GAMI's claim under Article 1105**

83. One cannot fail to observe that GAMI's complaint of alleged unfair and inequitable treatment is not connected with a demonstration of specific and quantifiable prejudice. Mexico's alleged wrongdoing would doubtless have resulted in some short-term decline in the value of its shares in GAM. (There would have been no loss of dividends: GAM's business strategy has never been to distribute earnings to shareholders.) The ultimate duration of this unspecified decline in value is

uncertain. It was bound to be reversed to some degree by the return of the three wrongfully expropriated mills and by the prospect of compensation for the two others (the expropriation of which GAM did not challenge). Above all there is consensus as to the positive effect of the more vigorous application of Mexico's Sugar Program.

84. GAMI did not attempt to prove or even present a theoretical financial analysis of what the short-term decline might have been. GAMI rather proceeds on the basis that the entire value of its investment has been destroyed. This is demonstrably untrue. GAMI's shareholding in GAM remains intact. GAM's principal productive assets have either been restored to it or are the subject of negotiations to determine compensation. The sugar industry is now operating on a better footing. Mr Pinto testified that a tax on soft drinks sweetened by fructose "has turned out to be a very beneficial measure for the Mexican sugar industry." GAM has declared itself to be optimistic for the future. Counsel for GAMI declared flatly in final oral submissions that "the system is working now." GAMI's failure to make good on its claim of total destruction will be dealt with in detail below when examining its claim of expropriation. But also with respect to the Article 1105 claim it must be noted that GAMI has not sought to quantify the alleged prejudice arising from particular alleged acts or omissions.

85. GAMI's approach seems to be all or nothing. But no credible cause-and-effect analysis can lay the totality of GAMI's disappointments as an investor at the feet of the Mexican Government. Both sides agree that the economics of sugar are highly distorted and subject to powerful international market forces. No one has suggested that NAFTA entitles an investor to act on the basis that a regulatory scheme constitutes a guarantee of economic success. GAMI can assert only that maladministration of the Sugar Program caused it *some* prejudice. But the prejudice must be particularised and quantified. GAMI has not done so. The Tribunal does not know if such a demonstration would even be possible in the circumstances given the problem of timing. There are years when the sun shines on the sugar industry. In Mexico in particular the industry has had its ups and downs. Recent developments have apparently been positive. GAMI presumably benefits from them. Absent a complete destruction of its investment GAMI has not identified a particular point in time when a metaphorical snapshot of its prejudice should be taken. It may be that such a demonstration is impossible in this case. At any rate the Tribunal would have been in no position to

award damages even if it had found a violation of Article 1105. The Tribunal will nevertheless explain its conclusion that GAMI also failed to establish its claim in principle under Article 1105.

86. GAMI has comprehensively demonstrated that the regulations which it refers to as “the Mexican Sugar Program” were not carried out in accordance with their terms. GAMI refers to “legal obligations” incumbent upon the Government under that regulatory scheme. It relies on an impressive legal opinion by a former Chief Justice of Mexico (Lic. Schmill) to the effect that the Government has a duty “to intervene directly and permanently” to ensure the effective implementation of decrees it has promulgated.

87. The three broad instances of failure of implementation and enforcement have been described in Section 6(A)(ii) above. The present Tribunal does not doubt that the fulfilment of the overarching regulatory objectives in question (reference price/export requirements/production controls) would in a very significant way have improved GAMI’s prospects and those of its shareholders. The Sugar Program has more recently been implemented with considerable success. The industry as a whole has enjoyed a revival even without the desired access to the US market.

88. GAMI contends that Mexico’s failure to implement and enforce its laws was flagrant and arbitrary. GAMI submits that Mexico has thus infringed the standard articulated in *Técnicas Medioambiente Tecmed* as follows:

*“The Arbitral Tribunal considers that this [fair and equitable treatment] provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and*

*administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities.”<sup>12</sup>*

89. GAMI considers that the terms articulated in the subsequent *Waste Management II* award suggest greater leniency in assessing state behaviour under Article 1105. (*Técnicas Medioambiente Tecmed* was not a NAFTA case. It arose under the Spain/Mexico BIT which provides that each state party “shall guarantee fair and equitable treatment” to investors of the other state party.) GAMI submits that its grievance nevertheless satisfies the requirements articulated in that award. It quotes *Waste Management II* with the following added emphasis:

*“Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host*

---

<sup>12</sup> Award of 29 May 2003, 10 ICSID REPORTS (forthcoming) at para. 154.

*State which were reasonably relied on by the claimant.*<sup>13</sup>

90. Mexico does not question this synthesis as such. It rather insists that this Tribunal does not have the mandate to control the application of national law by national authorities.

91. This contention misconceives the role of international law in the context of the protection of foreign investment. International law does not appraise the content of a regulatory programme extant before an investor decides to commit. The inquiry is whether the state abided by or implemented that programme. It is in this sense that a government's failure to implement or abide by its own law in a manner adversely affecting a foreign investor may but will not necessarily lead to a violation of Article 1105. Much depends on context. The imposition of a new licence requirement may for example be viewed quite differently if it appears on a blank slate or if it is an arbitrary repudiation of a preexisting licensing regime upon which a foreign investor has demonstrably relied.

92. The relevant international obligation is expressed in Article 1105(1) as follows:

*"Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security."*<sup>14</sup>

The challenging task for this Tribunal is to apply these abstractions. It is necessary first to enquire how they relate to compliance with national law.

---

<sup>13</sup> Para. 98.

<sup>14</sup> The NAFTA Free Trade Commission issued Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions in July 2001. These Notes state that Article 1105 is not intended to require treatment of aliens "beyond that which is required by the customary international law minimum standard." They also state that the determination that there has been a breach of another treaty obligation does not of itself establish a breach of Article 1105. GAMI says that its claims in this case "satisfy the standard set forth in the interpretation." It therefore deems it unnecessary to question whether the Notes constitute "a proper exercise of the interpretive power in Article 1131."

93. To repeat: NAFTA arbitrators have no mandate to evaluate laws and regulations that predate the decision of a foreigner to invest. The present Tribunal endorses and adopts the following passages from *S.D. Myers*:

*"When interpreting and applying the 'minimum standard', a Chapter 11 tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making. Governments have to make many potentially controversial choices. In doing so, they may appear to have made mistakes, to have misjudged the facts, proceeded on the basis of a misguided economic or sociological theory, placed too much emphasis on some social values over others and adopted solutions that are ultimately ineffective or counterproductive. The ordinary remedy, if there were one, for errors in modern governments is through internal political and legal processes, including elections."*<sup>15</sup>

94. The duty of NAFTA tribunals is rather to appraise whether and how preexisting laws and regulations are applied to the foreign investor. It is no excuse that regulation is costly. Nor does a dearth of able administrators or a deficient culture of compliance provide a defence. Such is the challenge of governance that confronts every country. Breaches of NAFTA are assuredly not to be excused on the grounds that a government's compliance with its own law may be difficult. Each NAFTA Party must to the contrary accept liability if its officials fail to implement or implement regulations in a discriminatory or arbitrary fashion.

95. The ICSID tribunal in *Waste Management II* made what it called a "survey" of standards of review applied by international tribunals dealing with complaints under Article 1105. It observed the emergence of a "general standard for Article 1105."<sup>16</sup> It noted that a violation does not require proof of "the kind of outrageous treatment referred to in the *Neer* case."<sup>17</sup> *Neer* envisaged conduct that amounted to an "outrage,

---

<sup>15</sup> First Partial Award, *op. cit.*, note 8, para. 261.

<sup>16</sup> Award of 24 April 2004, 10 ICSID REPORTS (forthcoming) at para. 98.

<sup>17</sup> *Ibid.* para. 93.

to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that any reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.”<sup>18</sup> *Neer* was decided more than half a century before NAFTA saw the light of day. The *ADF* award observed that customary international law as reflected in Article 1105 is “constantly in a process of development.” The standard which emerged from the *Waste Management II* tribunal’s study has been properly identified by GAMI and is reproduced in Paragraph 89 above. GAMI contends that its claim satisfies this standard.

96. The award in *Waste Management II* goes on to say: “Evidently the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each case.” The arbitrators concluded that the acknowledged failure to fulfil contractual obligations did not suffice to create liability under Article 1105.<sup>19</sup> This non-performance was balanced against the authorities’ attempts to achieve the objectives of the concession. The tribunal was not persuaded that the record as a whole proved a breach of international law.

97. Four implications of *Waste Management II* are salient even at the level of generality reflected in the passages quoted above. (1) The failure to fulfil the objectives of administrative regulations without more does not necessarily rise to a breach of international law. (2) A failure to satisfy requirements of national law does not necessarily violate international law. (3) Proof of a good faith effort by the Government to achieve the objectives of its laws and regulations may counter-balance instances of disregard of legal or regulatory requirements. (4) The record as a whole – not isolated events – determines whether there has been a breach of international law. It is in this light that GAMI’s allegations with respect to Article 1105 fall to be examined.

98. GAMI recognises that NAFTA tribunals have taken the view expressed as follows in *ADF v. USA*:

“[S]omething more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure

---

<sup>18</sup> L.F. *Neer v. Mexico*, 1927 AJIL 555 at 556.

<sup>19</sup> *Op. cit.* n. 16, at para. 109.

*inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1), even under the Investor's view of that Article.*<sup>20</sup>

GAMI argues that the requirement of “something more” is met as follows:

*“Mexico’s conduct in this case is far more egregious than a simple or isolated failure to follow some provision of the Sugarcane Decree. Mexico’s actions and failures to act individually and cumulatively undermined the fundamental balance of the sugar laws, effectively turning GAMI’s investment in GAM into a large contribution for the benefit of cañeros, and the Mexican Government itself, and those mills that were left unexpropriated. This is precisely what NAFTA prohibits. Such conduct is arbitrary, grossly unfair and far below the minimum standard required under Article 1105 and international law. ... [Mexico] arbitrarily and discriminatorily implemented certain aspects of the law and capriciously refused to implement and enforce others, thereby substantially destroying GAMI’s investment.”*

99. The factual and legal components of this argument must be examined. The proposition that GAMI’s investment was destroyed is plainly not proven. GAM still exists. Its chief executive officer testified that GAM is recovering and he is “optimistic.” Nor can it be accepted that GAM’s difficulties were due entirely to Mexico’s alleged failure to implement the Sugar Program. GAMI’s argument is not that its investment would have been profitable but for Mexico’s non-feasance. It is quite evident that this is not what GAMI believed at the time. Its Form 20-F Annual Report to the US Securities Exchange Commission for the year 1999 stated:

*“There can be no assurance that the Company will be able to maintain sales at generally prevailing market prices for sugar in Mexico without discounts and that sufficient exports*

---

<sup>20</sup> 6 ICSID REPORTS 470, at para. 190 (2003).

*will take place in order to assure a domestic market balance.”*

100. The key question is the extent to which an investor may rely on the implementation by the host state of laws in place before its investment is made. What efforts by a government to implement its regulatory programme suffice to fulfil the international standards requirement of Article 1105? *Waste Management II* involved contractual undertakings between a governmental authority and the investor. No such undertakings may be invoked by GAMI. Some elements of the analysis in *Waste Management II* are nevertheless instructive.

101. The investor in *Waste Management II* adduced evidence which made it “clear that the City failed in a number of respects to fulfil its contractual obligations to Claimant.”<sup>21</sup> The investor’s contractual claims could be brought before the Mexican courts. Indeed as contractual claims they could be brought nowhere else given the relevant jurisdictional provisions. Yet claims of breaches of NAFTA could be brought to arbitration under Chapter 11 without the need to exhaust local remedies. The problem in *Waste Management II* was therefore to identify the types of interference with contractual rights that could rise to the level of a breach of international obligations. The tribunal noted that in itself “even the persistent non-payment of debts by a municipality is not to be equated with a violation of Article 1105.”<sup>22</sup> Otherwise “Chapter 11 would become a mechanism of equal resort for debt collections and analogous purposes in respect of all public (including municipal) contracts, which does not seem to be its purpose.”<sup>23</sup> Something more was required. The conduct giving rise to the complaint does not violate Article 1105 as long as it does not “amount to an outright and unjustified repudiation of the transaction” and “some remedy is open to the creditor to address the problem.”<sup>24</sup>

102. Something akin to this sequence of propositions is extant in the present case.

---

<sup>21</sup> *Op. cit.* n. 16, at para. 109.

<sup>22</sup> Para. 115.

<sup>23</sup> Para. 116.

<sup>24</sup> Para. 115. This leaves open the issue of denial of justice. Such a claim was raised in *Waste Management II* but rejected. No such claim arises in the present case.

103. GAMI has demonstrated clear instances of failures to implement important elements of Mexican regulations. It has adduced eminent evidence to the effect that the Mexican government is constitutionally required to give effect to its regulations. Claims of maladministration may be brought before the Mexican courts. Indeed as breaches of Mexican administrative law they could be brought nowhere else. Yet GAMI's claims of breaches of NAFTA may be brought before this Tribunal under Chapter 11 without the need to exhaust local remedies. The problem is therefore to identify the type of maladministration that could rise to the level of a breach of international obligations. A claim of maladministration would likely violate Article 1105 if it amounted to an "outright and unjustified repudiation" of the relevant regulations. There may be situations where even lesser failures would suffice to trigger Article 1105. It is the record as a whole – not dramatic incidents in isolation – which determines whether a breach of international law has occurred.

104. GAMI has not been able to show anything approaching "outright and unjustified repudiation" of the relevant regulations. The Sugarcane Decree and its related measures certainly did not operate in accordance with their terms. But there is no evidence that Mexico set its face against implementation. There is no reason to doubt that Mexico would have *preferred* that all participants in the industry would find prosperity in the economic equilibrium conceived by the regulators. The Mexican authorities might have acted with greater initiative and perseverance. But it is not certain that the Mexican government was the sole and critical actor. There are unexplained questions with respect to the ultimate responsibility for the "consultations" which were to take place within the Comités and the JCACA. The same is true with respect to the apparent passivity of the CNIAA.

105. Would something less than repudiation still be actionable under Article 1105? What about an egregious failure to regulate? Might it be said that Mexico refused to hold feckless administrators to account for failure to carry out their assigned task? GAMI's thesis is not that Article 1105 requires Mexico to conceive and implement a successful regime of regulations for the sugar industry. Mr Roh rather put it as follows:

*"... having chosen to create a sugar program,  
Mexico must abide by it and cannot arbitrarily"*

*apply some of its elements to reward some groups at the severe pain of others.”*

GAMI understandably places much relevance on Lic. Schmill's statement to the effect that “*tratándose de una actividad de interés público, el Gobierno necesitaba intervenir de manera directa y permanente para hacer cumplir los objetivos del Decreto de 1991, sus modificaciones de 1993 y los Acuerdos de 1997, 1998 y 2000*” (“as this concerned an activity *de interés público*, the government had the duty to intervene in a direct and permanent manner to cause the objectives of the 1991 Decree to be fulfilled, along with its modifications in 1993 and the *Acuerdos* of 1997, 1998 and 2000”).

106. GAMI argues that it relied on this proposition. Mr Aguilar forcefully outlined governmental shortcomings. He insisted that there was no valid explanation for the Government's failure to provide the data necessary for the adjustment of the reference price pursuant to the 1997 *Acuerdo*. He said that the CAA could hardly be faulted for not having generated timely base production levels when the Government waited for 21 months before convening the CAA. He opined that it would have been “futile” for aggrieved mills to go before the JCACA given that it “depended on government data and initiative.”

107. Did Mexico indeed refuse to implement regulations in accordance with their terms? Or has GAMI overstated the import of those terms?

108. The record shows that Mexico failed to implement key struts of its Sugar Program notwithstanding its duties as explained by Lic. Schmill. GAMI alleges an abject failure to implement a regulatory program indispensable for the viability of foreign investments that had relied upon it. GAMI urges that in law this is no different from a violation by the government of the rules of that program. Both action and inaction may fall below the international standard. So far the Arbitral Tribunal is prepared to accept GAMI's proposition. But a critical step at this stage of the analysis is whether the specific failures of the Sugar Program are attributable to the government. It is on this point that the Tribunal concludes GAMI has not made its case.

109. The preamble of the 1997 *Acuerdo* refers to the objective of the Sugarcane Decree to augment the participation

of the social and private sectors (i.e. labour and industry) “*como responsables de la producción nacional de azúcar.*” It also refers to the authorisation given to the CAA to draw up “rules, definitions, and provisions” (“*reglas, definiciones y disposiciones*”) to enhance the competitiveness of sugar production. The *Acuerdo* itself contains sophisticated formulae. Yet anyone can see that the expected national consumption and production are key elements (*Ce* and *Qu* in the formula). These were to be determined by the *Secretaría de Comercio* and other relevant government officials after having considered:

*“la opinión de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural, de Financiera Nacional Azucarera S.N.C. del Comité de la Agroindustria Azucarera, de la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica, de la Unión Nacional de Productores de Caña de Azúcar de la Confederación Nacional Campesina y de la Unión Nacional de Cañeros de la Confederación Nacional de la Pequeña Propiedad.”*

110. In sum: the regulatory regime was structured on the premise of broad consultations and cooperation. The intervention of the private sector was explicitly called for. An explicit role was reserved for the unions. The Mexican government was not the only actor in important aspects of the Sugar Program. GAMI says the Government could have forced the issue to ensure that the consultations took place. GAMI’s closing oral arguments sought to build on a declaration by the *Secretaría de Agricultura* to the effect that the industry “*debe estar adecuadamente supervisada por el Estado.*” But the argument turns against GAMI. The distinction between “adequate supervision” and “effective implementation” is hardly subtle. There are certainly arguments on both sides. The debate is complex. For an international tribunal the relevant conclusion is simply that GAMI has not shown that the government’s self-assigned duty in the regulatory regime was simple and unequivocal. It is impossible to conclude that the failures in the Sugar Program were both directly attributable to the government and directly causative of GAMI’s alleged injury.

## **6(C) Discrimination: GAMI's claim under Article 1102**

111. The core of the relevant principle of national treatment is expressed in NAFTA Article 1102(2) as follows:

*"Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than it accords, in like circumstances, to its own investors, with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments."*

112. The issue in the present case pertains to a programme of nationalisations which assuredly affected different Mexican companies differently. Only some sugar mills were expropriated. Some mills that were expropriated belonged to Mexican corporations which had no foreign shareholders. The issue inherent in GAMI's claim is therefore whether it follows that GAM's mills could not be expropriated without violating NAFTA Article 1102 simply because GAM has US minority shareholders. The answer to this question is no.

113. GAMI argues that the Tribunal "need look no further than the testimony of Mr Pinto" as evidence of a violation of Article 1102. GAMI specifically refers to Mr Pinto's account of the disparate treatment of GAM and BSM:

*"Can there be any doubt that GAM and BSM were in like circumstances? Each had five mills. Each was operating at a loss. Each had to defer payments to its cane growers, and each secured its debt with pledges of sugar inventories.*

*Likewise, can there be any doubt that the two companies, and thus their shareholders, were treated differently? BSM and its shareholders retained their mills and have profited greatly from the recovery of sugar prices. GAM and its shareholders were deprived not only of their property but also the opportunity to benefit from the reordering of the market, reordering*

*that Mr Pinto himself concedes was driven by the reestablishment of export compliance.*

*Furthermore, Mr Pinto concedes that GAM's balance sheet was no better or no worse than BSM's – just different."*

114. The Arbitral Tribunal has not been persuaded that GAM's circumstances were demonstrably so "like" those of non-expropriated mill owners that it was wrong to treat GAM differently. Mexico determined that nearly half of the mills in the country should be expropriated in the public interest. The reason was not that they were prosperous and the Government was greedy. To the contrary: Mexico perceived that mills operating in conditions of effective insolvency needed public participation in the interest of the national economy in a broad sense. The Government may have been misguided. That is a matter of policy and politics. The Government may have been clumsy in its analysis of the relevant criteria for the cutoff line between candidates and non-candidates for expropriation. Its understanding of corporate finance may have been deficient. But ineffectiveness is not discrimination. The arbitrators are satisfied that a reason exists for the measure which was not itself discriminatory. That measure was plausibly connected with a legitimate goal of policy (ensuring that the sugar industry was in the hands of solvent enterprises) and was applied neither in a discriminatory manner nor as a disguised barrier to equal opportunity.

115. The Arbitral Tribunal ultimately accepts (as Mr Perezcano put it in his oral summation) that GAMI has failed to demonstrate that the measures it invokes "resulted from or have any connection to GAMI's participation in GAM; nor were they geared towards treating GAM in a different mode because of GAMI's participation in their social capital." In the circumstances of this derivative claim that defence is decisive. It is not conceivable that a Mexican corporation becomes entitled to the anti-discrimination protections of international law by virtue of the sole fact that a foreigner buys a share of it.

## 7. EXPROPRIATION

116. A consequence of GAMI's independent right of action under NAFTA may be illustrated by a hypothetical example. The notional compensation of GAM by Mexico in an amount representing M\$ 100 per share would not in principle disentitle GAMI from asking the NAFTA Tribunal for an additional amount representing an additional M\$ 50 per share. But the theory gives rise to a number of practical difficulties. One might imagine a perfect world in which a national court of last recourse sits down with a NAFTA tribunal incapable of reviewable error to discharge their respective responsibilities. This could be done quite logically. The Mexican court could order payment to GAM based on an evaluation of the five expropriated mills. As a matter of mathematics that evaluation might represent M\$ 100 per share of all shares of GAM. At the same time the NAFTA tribunal might find that a higher level of compensation was mandated and thus order a top-up to GAMI of M\$ 50 per share proportionate to its 14.18% shareholding. This would be a graphic illustration of the value to GAMI of its entitlement to a direct international remedy beyond its indirect benefit from the national remedy obtained by GAM. A state cannot avoid international responsibility by arguing that the foreigner must content himself with whatever compensation has been decreed by national authorities.

117. This scenario is of course a fantasy. It is factually implausible. It lacks legal foundation. The Tribunal is aware of no *procedural* basis on which such coordination could take place. And the *Sentencia* itself plausibly rejects the right of shareholders to challenge the expropriation on the *substantive* ground that the protected interest is that of the corporate owner of the expropriated assets.

118. The scenario also lacks commercial credibility. On what basis could one rationally conclude that the payment to GAMI should be reduced to account for the payment to GAM? It is an

acknowledged fact that GAM has never paid a dividend to its shareholders. Why should GAMI's recovery be debited on account of a payment to GAM which is perhaps utterly unlikely to find its way to the pockets of its shareholders?

119. The overwhelming *implausibility* of a simultaneous resolution of the problem by national and international jurisdictions impels consideration of the practically *certain* scenario of unsynchronised resolution.

120. It is sufficient to consider the hypothesis that a NAFTA tribunal were to order payment to GAMI before the Mexican courts render their final decision. One might adapt the hypothetical example given in Paragraph 116 above. GAMI would thus have received M\$ 150 per share. (There would have been no prior offsetting Mexican recovery.) What effect should the Mexican courts now give to the NAFTA award? How could GAM's recovery be reduced because of the payment to GAMI? GAM is the owner of the expropriated assets. It has never paid dividends. It would have been most unlikely to distribute revenues in the amount recovered by GAMI. At any rate such a decision would have required due deliberation of GAM's corporate organs. Creditors would come first. And other shareholders would have an equal right to the distribution. GAM would obviously say that it is the expropriated owner and that its compensatable loss under Mexican law could not be diminished by the amount paid to one of its shareholders.

121. These difficulties are attributable to the derivative nature of GAMI's claim. They can quickly transport the analysis onto a fragile limb. It is necessary to revert to basic propositions.

122. GAM's title to its five productive assets was lost in 2001 by an act of expropriation. The Mexican courts have held that the Expropriation Decree was not compliant with Mexican law. It is likely that it was therefore also non-compliant with NAFTA since the requirements of Mexican law coincide to a significant degree with those of NAFTA. But GAM cannot be a NAFTA claimant. Mexico has represented to this Tribunal that it is in the process of returning the three mills affected by the *Sentencia* to GAM (see Paragraph 8 *supra*). The wrongful expropriation of those mills may have caused prejudice to GAM notwithstanding their reversal. That prejudice may be remedied by Mexican authorities. The expropriation of the two

other mills was ultimately not challenged by GAM. It is therefore definitive. The Mexican Constitution requires that compensation be paid. Mexico has represented to this Tribunal that “the formalities for payment of indemnity on account of the expropriation of the other two mills are also in progress” (see Paragraph 8 *supra*).

123. GAMI’s shares in GAM have not been expropriated. GAMI must therefore say that its *investment* in GAM has suffered something tantamount to expropriation. This question arises prior to any analysis of quantum. It relates to the *substantive* determination of a breach. Some precedents involve a full deprivation of the benefit of the relevant property rights. *Starrett Housing*<sup>25</sup> referred to rights rendered “useless.” *Santa Elena* held that an expropriatory effect is “to deprive the owner of title, possession or access to the benefit and economic use” of the property.<sup>26</sup> The tribunals in those cases were not required to determine whether legal protections were also extant in cases of *partial* deprivation of use or benefit. That issue has been addressed by a number of NAFTA tribunals.

124. *S.D. Myers* held that a temporary discriminatory regulation which eliminated the claimant’s competitive advantage in a particular market was not expropriatory. (Redress was given on other grounds.) The tribunal added this dictum: “it may be that, in some contexts and circumstances, it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation, even if it were partial or temporary.”<sup>27</sup> It did not explain what those contexts and circumstances might be.

125. The *Pope & Talbot* tribunal noted<sup>28</sup> that the claimant in that case had “conceded, correctly, that under international law, expropriation requires a substantial deprivation.” It appears however that that tribunal viewed the requirement as stricter than that. The tribunal’s own test was “whether that interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has been ‘taken’ from its owner.” It concluded that a diminution of the profits of the corporate claimant due to restrictions on selling softwood lumber from British Columbia to the US did not satisfy this test. The award explicitly states

---

<sup>25</sup> 4 IRAN-US CLAIMS TRIBUNAL REPORTS 122.

<sup>26</sup> Award of 17 February 2000, 5 ICSID REPORTS 153, at para. 77; 39 ILM 1317, at 1329 (2000).

<sup>27</sup> First Partial Award, *op. cit.*, para. 283.

<sup>28</sup> Para. 102.

that “an impairment of economic value” is tantamount to expropriation only if the degree of impairment is *equivalent* to expropriation.<sup>29</sup>

126. Should *Pope & Talbot* be understood to mean that property is taken only if it is so affected in its entirety? That question cannot be answered properly before asking: *what property?* The taking of 50 acres of a farm is equally expropriatory whether that is the whole farm or just a fraction. The notion must be understood as this: *the affected property* must be impaired to such an extent that it must be seen as “taken.”

127. GAM’s own case would thus not have been affected in principle if only one mill had been expropriated. GAM’s property rights in that single mill would have been “taken” because GAM was formally dispossessed of those rights. (Indeed GAM’s success in the *Sentencia* was not impaired by its decision to abandon the complaint with respect to two of the five mills.)

128. But this Tribunal is not seised by GAM. GAMI’s case is more difficult. The notions developed by *Pope & Talbot* may suggest that the “impairment” of the value of its property (i.e. GAMI’s shares in GAM) would not be equivalent to a “taking” of that property if only one of five equally valuable GAM mills had been expropriated without compensation. The impairment might on the other hand have been *total* if that single mill was the only one having a positive value. (GAMI may thus be right in dismissing as irrelevant GAM’s decision not to challenge the expropriation of the San Francisco and San Pedro mills.)

129. The position then is this: GAMI is entitled to invoke the protection of Article 1110 if its property rights (the value of its shares in GAM) were taken by conduct in breach of NAFTA. GAMI argues that such conduct was manifest in the Expropriation Decree. This Tribunal finds it likely that the Expropriation Decree was inconsistent with the *norms* of NAFTA. But Mexican conduct inconsistent with the norms of NAFTA is only a *breach* of NAFTA if it affects interests protected by NAFTA. GAMI’s investment in GAM is protected by Article 1110 only if its shareholding was “taken.”

---

<sup>29</sup> Para. 104, at footnote 86.

130. It would in the first of these two hypotheses be disturbing to conclude that GAMI could recover only if it had taken a 14.18% participation in each of the five separate subsidiaries which owned the mills. That would be formalistic to a degree which could not easily be reconciled with the objectives of NAFTA. It is true that neither *Pope & Talbot* nor *S.D. Myers* delivered an extended analysis of Article 1110. Their brief discussion of Article 1110 is inconclusive with respect to a number of unanalysed hypotheses. Each award granted relief to the claimants on other grounds. Their references to Article 1110 may therefore be considered *obiter dicta*.

131. Other NAFTA awards have given support for the proposition that *partial* destruction of the value may be tantamount to expropriation. Thus the ICSID tribunal in *Metalclad* stated:

*"... expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State."*<sup>30</sup>

The Supreme Court of British Columbia set aside part of the *Metalclad* award. The Court concluded that the arbitrators exceeded their mandate when interpreting Article 1105 as including a duty of transparency. But the passage quoted above was undisturbed. The Court explicitly held:

*"There is no ground under s.34 of the International Commercial Arbitration Act to set aside the Award as it relates to the conclusion of the Tribunal that the issuance of the Ecological Decree amounted to an*

---

<sup>30</sup> 5 ICSID REPORTS 230 (emphasis added).

*expropriation of the Site without compensation.”<sup>31</sup>*

Similarly the ICSID award in *Santa Elena* cited with approval the following phrase from *Tippets* as a test of expropriatory effect:

*“Whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral.”<sup>32</sup>*

The *Santa Elena* tribunal then went on to say that a governmental measure may constitute a taking if it “effectively freezes or blights the possibility for the owner reasonably to exploit the economic potential of the property.”<sup>33</sup>

132. But this Tribunal need not decide whether *partial* destruction of shareholding interests may be tantamount to expropriation. It would *in any case* be necessary to assess the value of shareholdings in GAM at the time of the Expropriation Decree. GAM was and remains in the hands of its owners. Its principal assets had been taken. But Mexican law gave it substantial protections. GAM could sue for the reversal of the taking. Or it could accept the taking and claim for compensation. (GAM has of course successfully obtained the return of three mills and is awaiting compensation for the other two. It would seem difficult to suggest that GAM has been unduly passive in protecting its rights. Such a case could naturally be imagined. The minority shareholder might then have no effective means of initiating remedial action on behalf of the company. But that would have to be proved.) GAMI may have had *subjective apprehensions* that Mexican judicial remedies would be insufficient. But this Tribunal can only act on the basis of *objective findings justified by evidence* that GAM’s value as an enterprise had been destroyed or impaired.

133. With knowledge of the magnitude of diminution one might be in a position to consider whether a line is to be drawn beyond which the loss is so great as to constitute a taking. But

---

<sup>31</sup> *Ibid.* 260.

<sup>32</sup> 6 IRAN-US CLAIMS TRIBUNAL REPORTS 219, 226 (1986).

<sup>33</sup> 5 ICSID REPORTS 172, at para. 76.

GAMI has staked its case on the proposition that the wrong done to it did in fact destroy the whole value of its investment. GAMI seeks to lend credibility to its posture by agreeing to relinquish its shares in GAM as a condition of the award it seeks. It suggests that any residual value is therefore of no moment. This posture is untenable. The Tribunal cannot be indifferent to the true effect on the value of the investment of the allegedly wrongful act. GAMI has neglected to give *any* weight to the remedies available to GAM. Assessment of their effect on the value of GAMI's investment is a precondition to a finding that it was taken. GAMI has not proved that its investment was expropriated for the purposes of Article 1110.

## **8. COSTS**

134. The Tribunal wishes to record its appreciation for the thorough professionalism with which each side has presented its case. The Parties' well-organised arguments and constructive attitude with respect to matters of procedure have been of great assistance to the Tribunal. They have demonstrated that courteousness is compatible with determined advocacy.

135. The claims fail. The Tribunal nevertheless finds it equitable that each side should bear its costs. There are two main reasons for not giving Mexico any recovery in this respect. The first is that Mexico raised an unsuccessful jurisdictional objection which became a major feature of the proceedings. Mexico insisted against GAMI's wishes that its objections be heard separately. The costs associated with that special hearing were significant. The second is that GAMI's grievance must be considered as serious. It raised disquieting questions with respect to regulatory acts and omissions.

136. The arbitrators have broad discretion under the UNCITRAL Rules with respect to the allocation of costs. They deem it appropriate to make no award of costs. Each Party shall bear its own expenditures. The amounts paid to the Tribunal on account of its fees and expenses are divided equally.

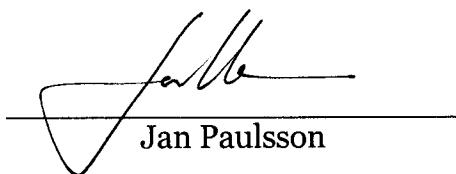
## **9. DECISION**

137. For the reasons stated above the Tribunal hereby unanimously declares that it has jurisdiction over the claims and dismisses them in their entirety. All contentions to the contrary are rejected. There is no award of costs.

Done on <sup>15</sup> November 2004 in equally authoritative English and Spanish versions.

  
\_\_\_\_\_  
Julio Lacarte Muró

  
\_\_\_\_\_  
W. Michael Reisman

  
\_\_\_\_\_  
Jan Paulsson

**Procedimiento conforme al Capítulo 11 del TLCAN y el  
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI:**

**ENTRE**

**GAMI INVESTMENTS, INC.**

**Demandante**

**Y**

**EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

**Demandado**

**LAUDO FINAL**

**15 de noviembre de 2004**

Ante el Tribunal Arbitral integrado por:

W. Michael Reisman  
Julio Lacarte Muró  
Jan Paulsson

Representando al Demandante:

**Weil Gotshal & Manges LLP**  
Charles E. Roh, Jr.  
Adam P. Strochak  
J. Sloane Strickler  
Alicia Cate  
**SAI Abogados**  
Guillermo Aguilar Alvarez  
Lucía Ojeda  
Elsa Ortega  
Itziar Esparza

Representando al Demandado:

**Consultor jurídico de los Estados Unidos Mexicanos**  
Hugo Perezcano Díaz  
**Secretaría de Economía**  
Luis González García  
**Thomas & Partners**  
J. Cameron Mowatt  
Gregory A. Tereposky  
**Shaw Pittmann LLP**  
Stephan E. Becker  
Sanjay Mullick

Secretario del Tribunal:  
Zachary Douglas

Sede del arbitraje: Vancouver

## **SUMARIO**

1.	LAS PARTES .....	1
2.	EL TRIBUNAL Y EL PROCEDIMIENTO.....	2
3.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	7
4.	LAS DEMANDAS.....	10
5.	JURISDICCIÓN Y LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	12
6.	MALA ADMINISTRACIÓN .....	20
6(A)	Bases de hecho del reclamo de GAMI .....	20
(i)	El marco regulatorio .....	20
(ii)	Las supuestas fallas de aplicación y ejecución .....	26
6(B)	Estándar mínimo de trato: demanda de GAMI bajo el artículo 1105 .....	33
6(C)	Discriminación: La acción de GAMI con relación al artículo 1102.....	46
7.	EXPROPIACIÓN .....	49
8.	COSTAS.....	56
9.	DECISIÓN.....	57

## **1. LAS PARTES**

1. GAMI Investments Inc. (“GAMI”, “el Inversor”, o “el Demandante”) es una compañía de inversión estadounidense creada en 1986 bajo las leyes de Delaware. Su oficina principal se encuentra en Las Vegas. Es una filial poseída en un cien por ciento por otra compañía estadounidense llamada Great American Management and Investments, Inc. GAMI posee el 14,18% de las acciones de Grupo Azucarero México SA de CV (“GAM”). GAM es un *holding* mexicano cuyos demás accionistas son mexicanos. Su accionista mayoritario es el señor Juan Gallardo Thurlow. Él posee o controla el 64,2% de las acciones de GAM. La semejanza en los nombres de GAMI y GAM es coincidencia.
2. El demandado es el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos (“Méjico” o “el Demandado”). Méjico es parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el “TLCAN”).

## **2. EL TRIBUNAL Y EL PROCEDIMIENTO**

3. GAMI eligió proceder bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (con las modificaciones introducidas por la sección B del capítulo 11 del TLCAN), ejerciendo la opción dispuesta en el artículo 1120 del TLCAN.

4. GAMI nombró al profesor Michael Reisman como árbitro. México nombró al señor Julio Lacarte Muró como árbitro. Las partes nombraron conjuntamente al señor Jan Paulsson como presidente del Tribunal. El Tribunal fue constituido plenamente el 2 de octubre de 2002. Los árbitros fueron asistidos por el señor Zachary Douglas quien actuó como secretario administrativo del Tribunal.

5. Las partes no llegaron a un acuerdo sobre la elección de la sede del Tribunal. El Tribunal consideró los argumentos presentados al respecto y seleccionó Vancouver. Las partes acordaron como cuestión de conveniencia que las audiencias serían realizadas en Washington DC.

6. El Tribunal considera innecesario recargar el texto de este Laudo con un recital de la correspondencia con los abogados. Tampoco es necesario describir el contenido de las resoluciones procesales. Ellas han sido reducidas a escrito. Basta decir que las partes confirmaron expresamente que ningún asunto de procedimiento quedó sin resolver al clausurar las audiencias finales.

7. México presentó objeciones a la jurisdicción. Ellas fueron el objeto de una audiencia especial el 17 de diciembre de 2003 (“Audiencia sobre Jurisdicción”) durante la cual los abogados se dirigieron al Tribunal y respondieron a las preguntas hechas por los árbitros. No se examinaron testigos. Representantes de los Gobiernos de Canadá y de los Estados Unidos de América estuvieron presentes. A la luz de los

argumentos presentados el Tribunal decidió acumular las cuestiones de jurisdicción a las de fondo.

8. El 8 de febrero de 2004 las Partes en litigio fueron informadas de la Sentencia dictada por el Tribunal Colegiado mexicano (“la Sentencia”). Esta decisión anuló la expropiación de tres ingenios de azúcar propiedad de GAM. El 27 de febrero de 2004 México expuso por escrito al Tribunal que la Sentencia era inapelable y sería ejecutada por el Gobierno federal. Los tres ingenios serían así devueltos a GAM. La expropiación de los dos ingenios restantes de GAM no fue impugnada. La carta de México al tribunal expuso: “Los trámites para el pago de la indemnización por la expropiación de los otros dos ingenios también están en curso”.

9. Las audiencias sobre el fondo fueron llevadas a cabo el 29 y 30 de marzo y el 1 de abril de 2004 (“la Audiencia Final”). Los siguientes testigos rindieron testimonio delante el Tribunal:

- Alberto Santos (Testigo del Demandante; presidente de Ingenios Santos S.A. de C.V. y ex-Presidente de CNIAA);
- Juan Cortina (Testigo del Demandante; Presidente y Director General de GAM);
- José Manuel Tapia (Testigo del Demandado; representante del Ministerio de Agricultura responsable por los ingenios expropiados);
- Fausto García de F. García Asociados (Experto en valuación del Demandado; autor de un informe de valuación de GAM y de los intereses minoritarios de GAMI);
- José Pinto Mazal (Testigo del Demandado; Director de Beta San Miguel S.A. de C.V. y representante de CNIAA).

Cada uno presentó testimonios por escrito. También fueron presentadas las declaraciones de los siguientes testigos, los cuales no fueron citados a responder preguntas:

- Timothy H. Hart & Brent C. Kaczmarek (Expertos en Valuación del Demandante; autores del informe de consultoría Navigant sobre la valuación de GAM y el interés minoritario de GAMI);
- Luis Ramiro García Chávez, profesor de la Universidad Autónoma de Chapingo (Experto por el Demandante; autor de un análisis de la industria de la caña de azúcar en México);
- Mark Alan Radzick (Testigo del Demandante; gerente de la afiliada de GAMI Equity Group Investments);
- Pedro Adalberto González Hernández (Testigo del demandado; Director de Industrias Básicas del Ministerio de la Economía);
- Ulises Schmill Ordoñez, ex-presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Experto jurídico del demandante; autor de una Opinión sobre los aspectos legales de la regulación de la industria del azúcar del Gobierno de México);
- Andrés Antonius González, ex-secretario técnico del grupo de trabajo interministerial sobre el azúcar (Experto por el demandante; autor de un informe sobre la industria azucarera en México);
- Darío Oscos Coria, Profesor de Derecho Concursal, Procesal y Arbitraje (experto jurídico del demandante; autor de una opinión sobre el procedimiento de suspensión de pagos en México);
- José Cruz Romero Romero (Testigo por el Demandante; Contador y alguna vez Asesor General de la Unión de Productores de Caña de Azúcar);

- Carlos Sempé Minvielle, ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia y ex-asesor presidencial (Experto Jurídico del Demandado; autor de una opinión jurídica sobre los aspectos legales de la regulación de la industria de la caña de azúcar).

10. Los principales escritos referidos en este laudo son los siguientes:

- Escrito de demanda de GAMI de fecha 10 de febrero de 2003 (la “Demandada”)
- Escrito de Contestación de México de fecha 24 de noviembre de 2003 (la “Contestación”)
- Réplica de GAMI de fecha 5 de julio de 2004 (la “Réplica”)
- Escrito de Duplicata de México de fecha 11 de marzo de 2004 (la “Duplicata”)
- Escrito posterior a la audiencia de Gami de fecha 24 de mayo de 2004 (el “Alegato de conclusión”)
- Escrito posterior a la audiencia de México de fecha de 24 de mayo de 2004 (el “Escrito Posterior”)
- Refutación de GAMI al escrito posterior a la audiencia de fecha de 4 de junio de 2004 (la “Refutación”)
- Réplica de México al escrito posterior a la audiencia de GAMI de fecha de 4 de junio de 2004 (la “Réplica Posterior”)

11. El Tribunal proporcionó a Canadá y a los Estados Unidos de América la oportunidad de presentar argumentos escritos, de conformidad con el artículo 1128 del TLCAN, antes y después de la Audiencia sobre Jurisdicción y la Audiencia Final. Estados Unidos de América ejerció el derecho contenido en el artículo 1128 presentando argumentos sobre cuestiones de

jurisdicción previamente a realizarse la Audiencia sobre Jurisdicción. Ninguna de las dos partes del TLCAN presentó argumentos sobre el fondo. Ambas partes enviaron representantes a la Audiencias sobre Jurisdicción y Audiencia Final en Washington.

### **3. ANTECEDENTES DE HECHO**

12. GAM y sus predecesores adquirieron del Gobierno de México ingenios de azúcar a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa en el contexto del programa de privatización. Hacia 1997 las principales operaciones de GAM consistían en cinco ingenios:

- Tala
- Lázaro Cárdenas
- San Pedro
- San Francisco
- Benito Juárez

Los primeros cuatro producían azúcar estándar. Benito Juárez producía mayormente azúcar refinada. GAM era el cuarto productor de azúcar más grande de México en 2001. Su producción representó el 8.81% de la producción total de México durante la cosecha 2000/2001.

13. En diciembre de 1996 GAMI compró un bloque de las acciones de GAM vendidas por colocación privada a un valor de US\$ 25 millones de dólares. En octubre de 1997 GAMI pagó US\$ 5 millones de dólares para adquirir acciones adicionales de GAM con ocasión de una oferta pública. En diciembre de 1998 GAMI recibió otra porción de acciones conforme a una cláusula de las condiciones originales de la colocación privada de acciones. Estas tres porciones representaban la detención total del 14.18% de las acciones ordinarias de GAM. GAMI gozaba de

un derecho contractual de nombrar tres miembros de la Junta Directiva de GAM.

14. El Presidente y Director General de GAM desde septiembre de 2001 es el señor Juan Cortina. Él ha atestiguado que cuando asumió estas funciones la posición de GAM entre los grandes productores mexicanos de azúcar era en parte el resultado de las inversiones hechas por un monto aproximado de US\$ 42 millones de dólares. De ellos aproximadamente US\$ 13,7 millones de dólares fueron desembolsados en los años 1998-2000.

15. GAM tenía una filial empaquetadora (Proveedora de Alimentos México S.A. de C.V.). GAM también tenía tres compañías de servicios separadas. Ninguna de estas cuatro entidades poseía activos significativos.

16. El señor Cortina atestiguó que el Gobierno falló numerosas veces en cumplir sus funciones reglamentarias bajo el régimen establecido por el llamado Decreto de la Caña de Azúcar de 1991. (Este fue reformado en 1993 y afectado por acuerdos ministeriales). Los requisitos de exportación no se hicieron cumplir. El establecimiento de topes de producción era exigido por ley pero nunca fue materializado. El precio del azúcar cayó en el mercado nacional. Los ingenios quedaron atrapados entre los bajos precios de sus productos y los altos costos regulados de su materia prima (la caña de azúcar). La industria entera sufrió una crisis a comienzos de 1999. El resultado para GAM fue una solicitud de suspensión de pagos el 9 de mayo de 2000. Este procedimiento judicial buscaba permitir la reestructuración de la deuda de GAM y evitar la quiebra.

17. 22 ingenios fueron formalmente expropiados por el decreto publicado el 3 de septiembre de 2001 (el “Decreto de Expropiación”). Este incluía los cinco ingenios de GAMI. Otros 34 ingenios fueron dejados en manos privadas. El Decreto de Expropiación manifestaba haber sido expedido basándose en el interés público identificado en la Ley de Expropiación de 1997.

18. GAM cuestionó de inmediato la constitucionalidad de la Ley de Expropiación y del Decreto de Expropiación a través de los procedimientos de amparo ante los tribunales administrativos mexicanos competentes. Poco después de eso el señor Cortina retiró los amparos relacionados con San Pedro y

San Francisco. Él afirma que los activos de cada uno de los otros ingenios superaban los pasivos al 30 de septiembre de 2001.

19. Otros propietarios de ingenios también recurrieron a los procedimientos de amparo. En octubre de 2002 una de esas acciones resultó en la invalidación de la expropiación de un ingenio de propiedad del consorcio azucarero CAZE S.A. de C.V. En enero de 2003 el Grupo Machado obtuvo un resultado similar.

20. En febrero de 2004 el Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito pronunció una sentencia de amparo en revisión de 600 páginas (la “Sentencia”) a favor de GAM. Ésta declaró que el Decreto de Expropiación era ilegal y por lo tanto ineficaz respecto de los tres ingenios.

21. Las partes han confirmado por escrito que consideran la Sentencia inapelable.

22. Las consecuencias prácticas con respecto a los tres ingenios fueron señaladas en la carta de México al Tribunal fechada el 27 de febrero de 2004 (ver párrafo 8 *supra*).

#### **4. LAS DEMANDAS**

23. Una característica fundamental de las reclamaciones de GAMI es que son derivativas. GAMI no reclama que las medidas del Gobierno mexicano fueran dirigidas contra su participación accionaria en GAM. Su queja radica en que el valor de sus acciones fue adversamente afectado por medidas que causaron un perjuicio a los negocios de GAM. Otro aspecto fundamental del caso es que GAMI no puede invocar compromisos contractuales de México. Ni GAM ni GAMI tenían contratos con México. GAMI no puede decir por lo tanto que su decisión de invertir estuvo basada en promesas contractuales de establecer o mantener un cierto régimen para su inversión. Por definición no es necesario considerar intenciones contractuales en el sentido de concurso de voluntades entre el Gobierno y el inversor. En lo que GAMI debe basarse es el TLCAN como medio por el cual la conducta de México en el contexto de su marco reglamentario puede ser sujeta a una revisión jurídica internacional.

24. El escrito de demanda de GAMI identificaba los alegados incumplimientos de México de la siguiente manera:

- (A) *No acordar a la inversión de GAMI un “trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas de acuerdo con el derecho internacional”* según el artículo 1105 del TLCAN. GAMI critica a México por “conducta arbitraria respecto de la aplicación y aplicación del régimen azucarero mexicano” y “expropiación arbitraria y discriminatoria de los ingenios de azúcar de GAM”.
- (B) *“Dar un tratamiento menos favorable a GAMI y sus inversiones en relación con inversores mexicanos y sus inversiones en iguales circunstancias”* como lo prohíbe el TLCAN en su artículo 1102. GAMI critica a México por “expropiar los ingenios de azúcar de GAM mientras inversores en otras compañías propietarias de ingenios

en iguales circunstancias no fueron expropiados” y por “exigir a GAM cumplir con los requisitos de exportación mientras a otras inversiones en iguales circunstancias no se les exigió cumplir con los mismos requisitos”.

- (C) *Violar el artículo 1110 del TLCAN que protege a los inversores contra las expropiaciones ilícitas.* GAMI critica México por “haber expropiado indirectamente las acciones de GAMI en GAM de una manera inconsistente con las exigencias del artículo 1110”.

25. El Tribunal acepta la lógica de GAMI de reclamar primeramente bajo el artículo 1105. Este enfoque permite un análisis amplio de los hechos para determinar si hubo violación de los estándares mínimos internacionales en general. Tal basamento crea el marco idóneo para un examen más profundo del alegato de discriminación.

## **5. JURISDICCIÓN Y LEGITIMACIÓN ACTIVA**

26. GAMI es un “inversionista de una Parte” como describe el artículo 1139 del TLCAN. La participación accionaria de 14,18% de GAMI en GAM es una “inversión” conforme el mismo artículo. GAMI alega que México ha incumplido las obligaciones de la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN. GAMI reclama que ha sufrido daños o perjuicios como consecuencia del mismo.

27. La Partes en litigio han dedicado considerables esfuerzos a la cuestión si GAMI está legitimada para reclamar teniendo en cuenta su daño derivado como accionista. Lo central de este debate es si los actos u omisiones del Gobierno que afectaron a GAM pueden ser alegados como incumplimientos del TLCAN porque tuvieron como resultado reducir el valor de la participación de GAMI en GAM.

28. México no se apropió formalmente de las acciones de GAMI en GAM. GAMI argumenta en cambio que la expropiación de cinco ingenios pertenecientes a GAM dejó virtualmente sin valor la inversión de GAMI porque los ingenios eran sustancialmente todo el capital productivo de GAM. El Capítulo 11 no exige que el demandante sea accionista mayoritario o controlador para que su inversión sea protegida. GAMI argumenta: “Si fuera posible para un Estado eludir responsabilidad frente los accionistas extranjeros por el simple hecho de apropiarse de los activos sin apropiarse de las acciones, entonces la protección del artículo 1110 sería ilusoria para cualquier inversor en una compañía”. GAMI invoca *AIG v. Iran*<sup>1</sup> donde el demandante obtuvo reconocimiento de perjuicios por el 35% de acciones en una compañía de seguros iraní. GAMI también se basa en *Liamco v. Lybia*<sup>2</sup> donde fue

---

<sup>1</sup> 4 IRAN-US CLAIMS TRIBUNAL REPORTS 96 (1983).

<sup>2</sup> 20 ILM 1 (1977).

ordenada la compensación tras la nacionalización del 25,5% de la participación en tres concesiones petroleras.

29. Estados Unidos de América en sus observaciones ante este tribunal acepta que el Artículo 1116 legitima a los accionistas minoritarios a reclamar daños y perjuicios a nombre propio. Argumenta sin embargo que el artículo 1116 no refleja un “intento de derogar de la regla que los accionistas pueden hacer valer sus reclamos sólo por daños a sus intereses y no por los daños a la compañía”. Se refiere a *Barcelona Traction*<sup>3</sup> como la autoridad de esta regla. Cita una Declaración de los EEUU sobre Acción Administrativa de 1993 como evidencia que “al menos una de las partes” del TLCAN entendió que el artículo 1116 cubre sólo el daño directo a un inversor mientras que el artículo 1117 considera el daño causado a una compañía local controlada o detentada por un inversor.

30. El Tribunal sin embargo no acepta que *Barcelona Traction* haya establecido una regla que deba ser extendida más allá de la cuestión de protección diplomática. La propia CIJ aceptó en *ELSI*<sup>4</sup> que los accionistas americanos de una compañía italiana pudiesen acudir a una jurisdicción internacional para hacer a Italia responsable por supuesta violación de un tratado mediante medidas *impuestas contra esa compañía*.

31. El Tribunal CIADI en el caso *Goetz* estableció:

“... el Tribunal observa que la jurisprudencia anterior del CIADI no limita la calidad para actuar únicamente a las personas morales directamente afectadas por las medidas litigiosas sino que la extiende a los accionistas de esas personas, que son los verdaderos inversionistas”.<sup>5</sup>

El tribunal estaba conformado por un ex-presidente de la CIJ.

---

<sup>3</sup> ICJ REPORTS 3 (1970).

<sup>4</sup> ICJ REPORTS 15 (1989).

<sup>5</sup> 6 ICSID REPORTS 3, párrafo 89 (1989).

32. El Comité de Anulación en *Vivendi* fue más expreso al explicar que:

*“Más aún no puede argumentarse que CGE no tenía una “inversión” en CAA desde la fecha de la celebración del Contrato de Concesión, o que no era un “inversor” con respecto a su propia participación accionaria, aunque tuviera o no control de CAA en su conjunto. Cualquiera que haya sido la extensión de su inversión, le asistía el derecho en todo momento relevante de invocar el Acuerdo con respecto a conducta que supuestamente incumplía ...”<sup>6</sup>*

33. El Tribunal no acepta que el carácter directo para los propósitos del artículo 1116 del TLCAN sea un asunto de forma. El hecho que un estado anfitrión no interfiera explícitamente con la propiedad accionaria no es decisivo. El asunto es más bien si el incumplimiento del TLCAN genera con suficiente claridad un daño o una pérdida en relación con una inversión determinada. Si acaso GAM puede establecer dicho perjuicio es un asunto a examinar en el fondo. La incertidumbre en este punto no es un obstáculo a la jurisdicción.

34. La clasificación de las alegadas infracciones descritas en la Sección 4 es dictada por los artículos pertinentes del TLCAN. Sería artificial considerar los fundamentos de hecho de las infracciones alegadas bajo estos apartados. Las proposiciones de hecho pertinentes presentadas por GAMI son más fácilmente entendidas de la siguiente manera:

- México fue culpable de *mala administración* al reglamentar la industria azucarera. Es obvio cómo esto constituye supuestas violaciones de los artículos 1105 y 1102. GAMI alega que la mala gestión también ocasionó una violación del artículo 1110 porque fue tan absoluta que equivale a la expropiación de la inversión de GAMI en GAM.
  
- México *expropió* ilícitamente los ingenios de GAM. Esto es alegado como una infracción al artículo 1105 *respecto*

---

<sup>6</sup> 6 ICSID REPORTS 340 (2002).

*de GAMI.* La expropiación *de jure* también es invocada como parte de las circunstancias de hecho que GAMI alega deben conducir a la conclusión que ella fue víctima de conducta gubernamental constitutiva de expropiación de su participación en GAM bajo el artículo 1110.

35. La distinción entre la alegada expropiación *de facto* de las acciones de GAMI en GAM y la expropiación *de jure* de los cinco ingenios de GAM es crítica. Las acciones de GAMI nunca fueron expropiadas como tales. GAMI afirma que la conducta de México redujo el valor de sus intereses al grado de ser equivalente a una expropiación. Los ingenios fueron expropiados por un Decreto formal. No obstante las cortes mexicanas han neutralizado sus efectos en lo referente a los tres ingenios objeto del *amparo* presentado por GAMI. El Gobierno mexicano ha asegurado al Tribunal que compensará conforme las leyes mexicanas en referencia a los dos ingenios expropiados a GAM. Todo esto fue logrado por iniciativa del propietario de los ingenios: GAM.

36. El Tribunal se enfrenta por lo tanto a cuestiones importantes referentes a dos conjuntos de relaciones. La primera es la de la relación de GAM y GAMI. La segunda es la del sistema judicial mexicano con el Tribunal del TLCAN.

37. El artículo 1117 del TLCAN habría permitido a GAMI como dueño del 100% de las acciones de GAM buscar reparación por las alegadas infracciones del Tratado por México. No se habría requerido que GAMI hiciese que GAM buscara reparación antes los tribunales mexicanos. Se ha visto anteriormente que el hecho que GAMI sea sólo un accionista minoritario no afecta su derecho de acudir a recursos arbitrales internacionales. ¿Necesita esta conclusión ser reconsiderada debido a las iniciativas de otros accionistas de GAM? Los propietarios del 85,82% de las acciones hubieran podido por razones propias escoger no impulsar a GAM a buscar satisfacción ante los tribunales mexicanos. (Hubieran podido ser simplemente derrotistas. O hubieran podido haber hecho su acuerdo separado con el Gobierno y abandonado todo otro reclamo a cambio de beneficios compensatorios). Esto no le quitaría legitimidad a GAMI.

38. Es difícil ver por qué la posición de GAMI bajo el TLCAN resultaría perjudicada debido a que los accionistas

mayoritarios impulsaron a GAMÍ a buscar reparación ante los tribunales mexicanos:

- (A) Claramente GAMÍ no perdería sus derechos si el resultado hubiese sido que las cortes locales confirmaran la expropiación y fijaran un monto irrisorio de compensación. Está en la naturaleza propia del TLCAN de crear un régimen en el cual las reivindicaciones del extranjero no coinciden necesariamente con aquellas de los ciudadanos incluso en lo referente a la propiedad de activos idénticos.

*"Es frecuente que bajo las reglas del derecho internacional aplicado a controversias de carácter internacional una nación requiera conceder a los extranjeros un trato más amplio y liberal que aquel acordado a sus propios ciudadanos según las leyes domésticas ... Los ciudadanos de una nación pueden disfrutar de muchos derechos que están restringidos a los extranjeros, y a la inversa, según el derecho internacional, los extranjeros pueden gozar de derechos y reparaciones que la nación no acuerda a sus propios nacionales".*

Este pasaje es tomado del caso *Hopkins*.<sup>7</sup> (*Hopkins* reclamaba el no pago de giros postales que había adquirido del Gobierno mexicano. Este respondió sin éxito que las obligaciones del Gobierno precedente habían sido anuladas por decreto). Diversos pasajes similares se encuentran en la jurisprudencia y la doctrina. Las frases de *Hopkins* han sido escogidas porque ellas fueron citadas en *S.D. Myers*<sup>8</sup>. (Este laudo fue transparente aunque el Tribunal no haya sido unánime. Ninguna reserva fue hecha en lo que se refiere a basarse en *Hopkins*).

- (B) Tampoco la posición cambia realmente cuando uno llega al problema en el presente caso: la expropiación es revocada por los tribunales nacionales pero el

---

<sup>7</sup> US-Mexican Claims Commission, IV *UNRIAA* 41, p. 47 (1926).

<sup>8</sup> Primer Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, 8 ICSID REPORTS (próximamente), párrafo 260 (2000).

inversionista minoritario continúa insatisfecho. Tras la *Sentencia* los accionistas mayoritarios pueden estar contentos o desengañados. Pueden tener quejas sobre las pérdidas incidentales causadas por la expropiación injusta no obstante su revocación. Pueden estar insatisfechos con la compensación ofrecida a cambio de los dos ingenios cuya expropiación no fue cuestionada. Pueden estar optimistas o inquietos sobre la acogida de sus reclamos por la judicatura mexicana. Pero ésta es la solución disponible para ellos. Ellos son nacionales mexicanos y no tienen legitimación activa bajo el Capítulo 11 del TLCAN. GAMI sin embargo está habilitado para buscar reparación internacional por un Tribunal TLCAN a causa de una expropiación injusta. Es difícil ver por qué el reclamo de GAMI debe fracasar debido a que los tribunales mexicanos aceptaron su tesis. GAMI no presentó su tesis a estos tribunales. GAMI ejerció una acción internacional que tenía derecho a entablar.

39. Como dijo el árbitro en el caso *Selwyn* decidido en 1903 por la Comisión Británica-venezolana:

*“El arbitraje internacional no está afectado jurisdiccionalmente por el hecho que la misma cuestión se encuentre ante los tribunales nacionales. Un tribunal internacional tiene el poder de decidir sin referencia al tribunal nacional y si una sentencia ha sido pronunciada por dicho tribunal, de desconocerla si afecta la indemnización del individuo y tiene poder de dictar un laudo en adición o ayuda a aquélla si en el caso concreto la justicia lo requiere”.*

*Dentro de los límites prescritos por la convención constitutiva las partes han creado un tribunal superior a las cortes locales”<sup>9</sup>.*

40. Este fundamento centenario se basó asimismo en una venerable doctrina. El Tratado Jay de 1794 entre los Estados Unidos de América y Gran Bretaña fue concluido para resolver

9

J.H. Ralston, VENEZUELAN ARBITRATIONS OF 1903, 322, p. 327 (1904).

las agudas controversias tras la Revolución Americana. Se establecieron comisiones internacionales para regular los reclamos presentados por individuos. Algunas de esas reclamaciones involucraban ciudadanos de uno de los dos países insatisfechos con el trato otorgado por los tribunales del otro país. Los comisionados británicos tomaron la posición que las decisiones de las cortes inglesas eran definitivas. Los comisionados americanos fueron capaces de asegurar una decisión mayoritaria en contrario. Uno de ellos (William Pinckney) lo expresó de la siguiente manera en *The Betsy* (1797):

*“Ni los Estados Unidos ni sus ciudadanos demandantes están obligados a tomar por justa la sentencia de los Lores, si de hecho no lo es; ... la afirmación de una condena ilegal, muy lejos de legitimar el hecho equivocado de la apropiación original y de impedir a la persona buscar la reparación por ella contra la nación británica, es peculiarmente el preciso acto que consuma el entuerto y perfecciona indisputablemente el derecho del individuo de demandar esa reparación a través de su propio Gobierno”.*<sup>10</sup>

Ochenta y nueve años después Francis Wharton escribió que esto “es ahora derecho aceptado”.<sup>11</sup> El arbitro en el caso *Selwyn* se basó expresamente en esta declaración de Wharton.

41. Correspondía a los tribunales mexicanos decidir sobre la ilicitud de la expropiación bajo el derecho mexicano. El presente Tribunal hace deferencia a la Sentencia como una expresión autorizada del derecho nacional. El presente Tribunal dará además consideración respetuosa a la Sentencia en cuanto aplique normas congruentes con aquellas del TLCAN. Los tribunales internacionales son propiamente reacios a concluir que el derecho nacional contradice el derecho internacional. Pero cada jurisdicción es en definitiva responsable de la aplicación del derecho bajo el cual ejerce su mandato. Correspondía a los tribunales mexicanos determinar si la

---

<sup>10</sup> J.B. Moore, HISTORY AND DIGEST OF INTERNATIONAL ARBITRATIONS TO WHICH THE UNITED STATES HAS BEEN PARTY 3184 (1898).

<sup>11</sup> A DIGEST OF INTERNATIONAL LAW OF THE UNITED STATES, Vol. 2, Sec. 242 (1886).

expropiación fue legítima según el derecho mexicano. Corresponde al presente Tribunal juzgar si ha habido incumplimiento del derecho internacional por cualquier agencia del Gobierno mexicano. Un postulado fundamental al aplicar el TLCAN es aquél consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Si tales leyes nacionales han sido ratificadas por los tribunales nacionales no es en definitiva relevante a este respecto.

42. Un serio impedimento jurisdiccional se avecinaría si el reclamo de GAMÍ por el incumplimiento del artículo 1105 hubiera estado basado solamente en la supuesta “expropiación arbitraria y discriminatoria de los ingenios de azúcar de GAM”. GAMÍ no puede reclamar por GAM. Pero el reclamo de GAMÍ en función del artículo 1105 tiene otra base factual diferente; ver Párrafo 24(A) *supra*. GAMÍ está legitimado para plantearla.

43. El Tribunal tiene jurisdicción con respecto a todos los reclamos de GAMÍ.

## **6. MALA ADMINISTRACIÓN**

### **6(A) Bases de hecho del reclamo de GAMI**

44. GAMI afirma que la mala administración de México resultó tanto en la negación del tratamiento nacional como en el incumplimiento de los estándares mínimos internacionales.

#### **(i) El marco regulatorio**

45. La economía agrícola tiende a ser compleja. La industria azucarera mexicana se caracteriza por factores de especial complicación. La vida productiva de la caña de azúcar es de 4 a 8 años. Los cañeros comprensiblemente no están inclinados a convertir sus campos en otras cosechas tempranamente en el ciclo. La oferta de la caña de azúcar responde entonces lentamente al mercado. La caña de azúcar es procesada óptimamente dentro de las 24 horas de ser recogida. (El máximo es 48 horas dada la pérdida de la sucrosa). Los ingenios deben ser rápidamente accesibles. Los cañeros no pueden operar sin ingenios en la proximidad. Una vez que un ingenio es construido éste depende de lo que ingresen los cañeros del área. El señor Antonius estima que el precio pagado por la caña de azúcar comporta el 70% del costo del ingenio. GAMI describe esto como “una relación de mutua dependencia”. El señor Antonius habla notablemente de un “monopolio bilateral”.

46. La industria tiene una dimensión política considerable. La recolección es laboralmente intensiva. Los costos iniciales de los ingenios son altos. El señor Antonius escribe que 30 mil trabajadores son empleados en los ingenios de azúcar. Diez veces ese número trabajan en los campos como cultivadores y segadores. La industria tiene una resonancia histórica particular en México. El azúcar fue introducido por Cortés hace 400 años. Mucha de la riqueza mexicana en el siglo XIX vino de las

grandes plantaciones. Zapata y su ejército revolucionario eran cañeros. La Constitución mexicana prohíbe hace mucho tiempo la propiedad empresarial y arriendo de la tierra agrícola. La caña de azúcar es cultivada hoy en miles de pequeños terrenos. La tendencia no está dirigida hacia la concentración. México explica que en 1970 los cultivos menores de ocho hectáreas representaban el 50% de la superficie total de los cultivos de caña. En 2000-2001 esta proporción subió al 66%. México afirma que el 91% de los cañeros del país trabajan en dichos cultivos.

47. Con estos antecedentes no es sorprendente que esta industria mexicana tenga una larga tradición de intervención estatal. México está sin embargo lejos de ser único en este aspecto. Vale la pena citar la descripción del señor Antonius:

*“La industria azucarera mundial es también una de las más distorsionadas económicamente, de manera casi notoria. Tanto en las economías desarrolladas como en las en desarrollo se encuentra evidencia de la intervención gubernamental extendida en el sector. Un componente muy importante de esta intervención es la protección a través de barreras comerciales y cuotas, pero también se extiende a subsidios, controles de producción y a una serie de incentivos o restricciones fiscales y legales adicionales. Estas medidas aislan en gran medida la industria de las señales de precio. Estas prácticas de protección han dado como resultado que la industria azucarera sea una de las más politizadas en la mayoría de las economías, ya que los diversos grupos de interés ligados a la industria constantemente presionan a sus Gobiernos en un intento de maximizar sus beneficios”.*

48. México no está en desacuerdo con el experto de GAMI en este aspecto. De hecho considera que GAMI subestima la magnitud de las “enormes distorsiones” del mercado mundial. Más de 120 países producen azúcar. Alrededor del 70% de las ventas mundiales están hechas con precios regulados. Los precios domésticos motivan la sobreproducción lo que conduce al *dumping*. Los reguladores nacionales y los negociantes comerciales internacionales intervienen con impredecibles efectos agregados. La disponibilidad de sustitutos y la evolución

del poder de compra de los consumidores hacen lo suyo. El clima hace el resto. México cita estas cifras (US\$ por libra) para reflejar la volatilidad y la crisis del periodo relevante.

	<b>1996</b>	<b>2000</b>
Azúcar refinada	17,40 c	9,10 c
Azúcar sin refinar	12,40 c	7,53 c
Margen refinamiento	5,01 c	1,57 c

La última cifra se redujo 0,55 c en el primer trimestre del 2001.

49. GAMI sugiere que países que son importadores netos de endulzantes pueden apoyar los precios domésticos limitando las importaciones. México no se encuentra en esa posición. Su producción es más alta que la demanda doméstica. Las restricciones a la importación son insuficientes para sostener los precios altos. La oferta doméstica puede ser controlada regulando a los productores de dos maneras: restringiendo la producción o requiriendo exportación. México responde que la experiencia de EEUU prueba que las restricciones a la importación, sin más, son insuficientes para asegurar el mantenimiento de los niveles de precio. El Gobierno no busca reducir el exceso de producción a través de límites obligatorios de producción o exigencias de exportación. La política del Gobierno es más bien de buscar el consenso con los industriales y cañeros.

50. Las exportaciones a los Estados Unidos de América son atractivas para los productores azucareros mexicanos. Los precios allí han sido generalmente más altos que en México. Pero los Estados Unidos imponen cuotas nacionales a sus importaciones. Su mercado entonces ofrece una solución limitada. El mercado mundial restante no es atractivo. El surgimiento de otros endulzantes y los excesos atribuidos a los subsidios han bajado el precio mundial muy por debajo de los precios mexicanos. Nada de esto está en discusión.

51. El Gobierno mexicano se apropió de la mayoría de los ingenios del país en la década de los setenta cuando éstos incumplieron sus deudas con el Gobierno. GAMI afirma que su insolvenza fue causada en un grado importante por la

imposición “deliberada” del Gobierno de altos precios de la caña para beneficiar a los cañeros y de bajos precios del producto para beneficiar a los consumidores. México asegura como un fenómeno mundialmente reconocido que:

*“Los Gobiernos con frecuencia intervienen para apoyar los precios de los productores agrícolas – i.e. los productores de azúcar de caña y remolacha. Estos programas con frecuencia tienen efectos adversos sobre los procesadores de esas materias primas”.*

52. Diez años más tarde se implementó un programa de privatización. Para la industria de la caña de azúcar el marco regulatorio pasó a ser el Decreto de la Caña de Azúcar de 31 de mayo de 1991. Este Decreto declaró todas las fases de la industria de la caña de azúcar –desde la plantación hasta el refinamiento- como de utilidad pública. Específicamente fijó nuevas reglas para la oferta de la caña de azúcar a los ingenios.

53. El Decreto de la Caña de Azúcar debía ser implementado por una entidad bajo el nombre de Comité de la Agroindustria Azucarera (“CAA”). El CAA es presidido por la Secretaría de Agricultura. La Secretaría de Economía también participa. (Esta última fue antes conocida como Secretaría de Comercio y Fomento Industrial o SECOFI. Será referida en este laudo por su nombre actual). Los cañeros tienen dos representantes en el CAA. Igualmente los ingenios.

54. Los llamados Comités de Producción Cañera de los Ingenios del País (“Comités”) fueron también establecidos por el Decreto de la Caña de Azúcar. Cada uno de estos entes locales incluye un líder de la organización pertinente de cañeros al igual que al gerente del ingenio. Los Comités registran sus actas al final de la campaña. El Gobierno no está representado en los Comités.

55. El artículo 7 del Decreto de la Caña de Azúcar designó la Junta de Conciliación y Arbitraje de Controversias Azucareras (“JCACA”) como la autoridad competente para resolver las disputas económicas entre cañeros y ingenios. Este órgano es tripartito a la manera del CAA.

56. El Decreto de la Caña de Azúcar declaró, entre otros, que:

*"es necesario fomentar la industria [azucarera], dándole certidumbre económica a los distintos sectores que intervienen en la producción de manera que ésta sea rentable y pueda generar a su vez su propio crecimiento.*

*Que es necesario que la política comercial permita asegurar el abastecimiento permanente del azúcar, siendo así conveniente ligar el precio de la caña al precio del azúcar con el fin de otorgar equidad a todos los participantes dentro de la cadena de producción".*

57. Las palabras enfatizadas en esta cita contienen las semillas de la discordia. GAMI sostiene que los objetivos que ellas identifican "requieren de la direcciones del Gobierno, sea directamente o a través del CAA que controla". México está francamente en desacuerdo. Dice que el Decreto de la Caña de Azúcar se basa en el consenso. El Gobierno intenta mediar pero no dicta los resultados.

58. El Decreto de la Caña de Azúcar estableció que el 54% del precio del azúcar sería pagado a los cañeros por la caña de azúcar. (Este porcentaje fue incrementado a 57% en 1993 por una modificación del Decreto). Si no había precio oficial al por mayor del azúcar éste sería determinado por el CAA. Los ingenios debían comprar toda la producción de caña de las zonas designadas.

59. Un acuerdo expedido el 25 de marzo de 1997 (el "Acuerdo de 1997") pretendió establecer la manera de determinar un referente nacional para el precio de la caña. Éste era un promedio ponderado de precios cobrados para el azúcar semi-refinada estándar en el mercado doméstico y de exportación. El incremento de las ventas en el bajo mercado mundial reduciría en teoría el precio de referencia y disuadiría a los cañeros de una producción continuamente creciente. El Acuerdo previó que el precio de referencia sería fijado al comienzo de la campaña y estaría en vigor desde el primero de octubre de cada año hasta el 30 de septiembre del siguiente. (La temporada de cosecha generalmente va de noviembre hasta

junio). El cálculo involucraba las ventas nacionales e internacionales *esperadas*. Al final de cada campaña un ajuste sería hecho a la luz de las cifras reales. Éstas debían ser establecidas por el Comité para cada ingenio. Los subpagos a los cañeros serían compensados por los ingenios y los sobrepagos devueltos. La posición de México es que el ingenio que cobrara precios inferiores al de referencia tenía los medios para ajustarlo dentro del Comité. El que no lo hayan hecho no puede ser atribuido al Gobierno.

60. GAMI describe el Acuerdo como una “medida gubernamental ... a nivel ministerial”. México se refiere a él como una manifestación de un consenso entre el CAA sobre las reglas y disposiciones para dar vigencia al Decreto de la Caña de Azúcar.

61. GAMI afirma que el Acuerdo de 1997 también establecía el principio que los ingenios debían cumplir con cuotas de exportación establecidas por la Secretaría de Economía. Los ingenios que incumplieran debían pagar una multa. Ésta era sustancial: 2,5 veces la diferencia (importante y variable) entre los precios mexicanos y mundiales. Esta diferencia era simplemente multiplicada por el déficit de exportación para obtener el monto de la multa.

62. México niega que el Acuerdo creara una obligación legal de satisfacer cuotas de exportación. La multa era convencionalmente acordada. El Gobierno no era responsable de implementarla coercitivamente. El Acuerdo no le daba a las Secretarías pertinentes la autoridad para pronunciar ninguna de las dos posibles sanciones administrativas: multa o arresto administrativo. El Decreto de la Caña de Azúcar facultaba a la JCACA para resolver las disputas económicas entre los industriales y los cañeros – o entre los ingenios *inter se*. El Gobierno no tenía medios de intervenir si los cañeros no solicitaban mayores ajustes cuando la *ratio* de exportación quedaba corta. Esta era una materia propia del Comité relevante o si era necesario de la JCACA. La tarea de computar la cuota para los ingenios individuales correspondía a la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcoholera (CNAIA) según el procedimiento expedido el 29 de enero de 1992. Casi todos los industriales se suscribieron a este procedimiento. El señor Gallardo lo hizo en nombre de GAM.

63. El 31 de marzo de 1998 este régimen fue completado por otro acuerdo (el “Acuerdo de 1998”). Este preveía topes de producción para los ingenios. La sobreproducción era penalizada. La subproducción era recompensada. Los topes anuales eran establecidos para cada ingenio antes de octubre de cada año por las Secretarías de Agricultura y Economía (teniendo en cuenta las opiniones del CAA). México señala un acuerdo fechado el 10 de junio de 1998 entre la CNIAA y dos sindicatos de cañeros para mostrar que esas entidades le solicitaban a las dos secretarías establecer la producción base para cada uno de los ingenios.

64. El Acuerdo de 1998 contemplaba que los topes de producción serían establecidos por referencia a la campaña de 97-98. La producción real durante la campaña resultó haber sido subestimada. México afirma que por lo tanto era necesario buscar un método más preciso. Mientras tanto los niveles no fueron establecidos. Esto llevó a un acuerdo de 2000 según el cual los niveles de producción fueron establecidos en proporción al número de hectáreas de cultivos de caña de azúcar que correspondían a cada ingenio.

#### **(ii) Las supuestas fallas de aplicación y ejecución**

65. GAMI afirma que México “falló flagrantemente y sistemáticamente en implementar y ejecutar la ley”. México utilizó estimaciones irreales para inflar el precio de referencia de la caña de azúcar. Los requisitos de exportación sencillamente nunca se hicieron cumplir. Los topes de producción tampoco fueron nunca establecidos. El resultado fue ruinoso para los ingenios de GAM. El precio interno del azúcar decayó. El costo de la caña aumentó. Finalmente el costo de producción excedió el precio del azúcar producido.

66. GAMI resume el “efecto desastroso” de las supuestas fallas de aplicación y ejecución en dramáticas cifras. El precio combinado decreció en un 13,2% de 1997 a 2000. El costo de la caña aumentó en 38,8%. Los beneficios operativos de GAM de M\$ 368 millones en 1996 se transformaron en una pérdida operativa de M\$ 302 millones en 2000.

67. GAMI describe la idea central del testimonio del señor Pinto como una confirmación que “la abdicación de México de sus responsabilidades fue la causa primera del desorden del

mercado que erosionó el valor de la inversión de GAMI antes de la expropiación". México objeta marcadamente que el señor Pinto haya dicho esto. Él se refirió a un gran número de factores. Ellos incluyen las importaciones de fructosa así como el fracaso de obtener los niveles de cuota "merecidos" por parte de los Estados Unidos.

**68. La primera de las tres áreas generales en las cuales GAMI alega que México no cumplió sus deberes legales se refiere al precio de referencia y su ajuste.** El Acuerdo de 1997 (ver parágrafo 59 arriba) buscaba establecer un mecanismo para determinar como precio nacional de referencia para la caña de azúcar el promedio ponderado de los precios internos y de exportación para el azúcar semi-refinada. GAMI asegura que este sistema requería que el Gobierno comunicara los precios al final de cada cosecha según eran recogidos por el Sistema Automatizado Aduanero Integral. El no haber hecho esto impidió cualquier ajuste del precio de la caña. Los ingenios de GAM fueron por ende "obligados a pagar en exceso" durante cuatro años consecutivos.

69. El anunciado objetivo del acuerdo de 1997 manifiestamente falló en materializarse. También es evidente que la actuación del Gobierno fue insuficiente. México no ha dado ninguna explicación a esta falla. Su defensa ha sido más bien negar que tuviera una clara obligación. Alternativamente México afirma que su pasividad no fue perjudicial. Los ingenios y su cámara nacional (la CNIAA) tenían acceso a la información requerida de una manera oportuna. GAMI replica que no hay ninguna prueba en este sentido. Además el punto de vista de México no es defensa ante la acusación de GAMI que México no respetó su obligación legal de proveer esta información.

**70. La segunda área general se refiere a los requisitos de exportación.** Requerir a todos los ingenios de cumplir con las cuotas de exportación hubiera aliviado la presión sobre los precios internos. (Ver los párrafos 49 y 61 arriba). No hacerlo distorsionaría la competencia entre ingenios. GAMI alega que el Gobierno descuidó abiertamente el asegurar el cumplimiento como tenía la obligación legal de hacerlo. No siguió ni estableció el nivel de cumplimiento por parte de los ingenios individuales con sus cuotas de exportación. Los ingenios delincuentes no fueron penalizados por la JCACA – que GAMI describe como un "cuerpo controlado por el Gobierno".

71. México contesta que la propia industria de los ingenios era en un grado importante responsable de resolver el problema. Ella debió haber hecho eso a través de la JCACA – la cual México insiste es un ente tripartito cuyo fin es promover el consenso más que funcionar como un órgano gubernamental. Puede ser que algunos ingenios ignorasen sus cuotas de exportación. Pero entonces GAM debió haber perseguido legalmente a los infractores. En cambio buscó “frustrar” el funcionamiento de JCACA cuestionando su jurisdicción cuando los cañeros presentaron acciones demandando información a los ingenios. De hecho México se pregunta por qué GAM y sus obedientes aliados en el CNIAA no actuaron para disciplinar o incluso excluir de esa Cámara a miembros cuya delincuencia era tan obviamente constitutiva de competencia desleal.

72. GAMI apunta que los dos ingenios operados efectivamente por el Gobierno mexicano también fallaron en cumplir con los requisitos de exportación. Esto estableció un pobre ejemplo que GAMI dice “causó más incumplimiento”. México contesta que estos ingenios no eran de hecho propiedad del Gobierno. Ellos estaban en quiebra y manejados por un fideicomiso público. GAMI caracteriza esta respuesta como “hiper-técnica”. Argumenta que el Gobierno tenía “amplia autoridad para obligar a Santa Rosalía y La Joya a cumplir con sus requerimientos de exportación si así lo quería”.

73. De nuevo el fracaso del Acuerdo de 1997 es evidente. Si México tenía una obligación de alcanzar una efectiva aplicación su falla es clara. Tal es la idea central de la opinión jurídica del licenciado Schmill. Pero la conclusión es menos clara si el parámetro de responsabilidad envuelve elementos subjetivos: una indiferencia *intencional* o *irresponsable* por el éxito del régimen regulatorio. El análisis jurídico del Tribunal será desarrollado oportunamente. La investigación inmediata concierne las causas del fracaso del esquema de cuotas de exportación previsto.

74. GAMI argumenta que el artículo 7 del acuerdo de 1997 creó una “obligación legal” para el Gobierno de expedir la determinación de los niveles de conformidad con sus obligaciones de exportación. México rechaza tajantemente esto como una lectura injustificada del texto del acuerdo. Cada uno de los Comités está de hecho encargado de esta tarea. México se refiere a más de 400 actas registradas de varios Comités sin ninguna demanda de confirmación por el Gobierno de la información proporcionada dentro del Comité respectivo.

Correspondería a la JCACA resolver cualquier diferencia dentro de un Comité particular. El rol del Gobierno era de proporcionar información. México insiste que esto se hizo – “en forma completa y diligente” – a pedido de la JCACA y de los cañeros.

75. Este Tribunal está enfrentado a una serie de proposiciones que las partes han debatido largamente. ¿Requería el establecimiento de las cuotas de consultas? ¿Tomaron los ingenios suficientes iniciativas? ¿Debió su Cámara nacional haber hecho más para vigilar a sus miembros? ¿Puede la JCACA ser considerada un órgano del Gobierno? ¿Buscaron los ingenios bloquear la JCACA en 1999? ¿Qué diferencia hizo eso? ¿Funcionaron la JCACA y los diversos comités como estaba previsto? Si no, ¿estaba el Gobierno obligado a idear y hacer efectivos mecanismos alternativos para alcanzar los objetivos establecidos? ¿Cambiaron de actitud los ingenios frente a la JCACA en el 2000 y el 2001? ¿Tenía derecho GAM en particular (sin importar lo que hubiese hecho en un nivel informal o político) a mantener la pasividad formal y sin embargo exigir al Gobierno una efectiva aplicación? ¿Había alguna reparación disponible para GAMI en su posición de parte afectada indirectamente?

76. Sin duda pueden encontrarse respuestas a estas preguntas en la ley mexicana. Si el Tribunal debe y puede proveer dichas respuestas es otro asunto. En esta coyuntura le basta al Tribunal notar que la legislación mexicana no contenía una afirmación categórica al efecto de que *el Gobierno debía anunciar anualmente cuotas de exportación individuales para todos los ingenios y debía de inmediato hacer cumplir cualquier desacato*. Las preguntas identificadas en el Párrafo 75 demuestran que el régimen legal era mucho más complejo. El Tribunal mantiene que un inversor extranjero que contemple este régimen no podría haber actuado con la expectativa cierta de contar con lo señalado en las palabras en itálicas.

77. La confirmación de esta conclusión se encuentra cuando uno reflexiona sobre la descripción por parte de México de las iniciativas que dice haber tomado en apoyo de la exportación de azúcar. El Escrito Posterior de México describe siete categorías de dichas iniciativas:

- (a) En 1998 México recurrió contra los EEUU bajo el artículo 20 del TLCAN con miras a establecer el acceso

de excedentes mexicanos al mercado de USA. Esta iniciativa fue frustrada por el rechazo de Estados Unidos de constituir un tribunal. GAMI responde que esta acción “no toma en cuenta el cumplimiento por parte de los ingenios individuales con el Acuerdo de 1997”.

- (b) En 1995 México accedió a la solicitud de propietarios de ingenios de azúcar para la eliminación de precios oficiales. GAMI contesta que esta medida fue irrelevante para el requisito de exportación introducido dos años mas tarde.
- (c) El Gobierno otorgó subsidios para permitir el almacenamiento de 600.000 toneladas de azúcar. Solamente a los ingenios que habían respetado los requisitos de exportación se les permitió beneficiarse de estos subsidios. GAMI contesta que estos subsidios fueron compensados por un incremento en el precio de la caña de azúcar ordenado por el Gobierno durante tres cosechas consecutivas desde 1997.
- (d) México accedió a una solicitud de los propietarios de ingenios para iniciar un investigación anti-dumping con relación a fructosa originada en EEUU. Esto trajo como consecuencia la imposición de cuotas compensatorias. GAMI contesta que esto es irrelevante; la adecuada aplicación del Acuerdo de 1997 “*resultaría en ajustes automáticos y balanceados a las condiciones cambiantes*” como las reducciones en el consumo de azúcar debido a la conversión de fructosa.
- (e) México creó un programa de reestructuración de deuda. GAM se benefició de éste porque le fue otorgado un crédito con bajos intereses que le permitió recuperar una parte de su deuda externa en dólares. GAMI contesta que esto no fue un favor. En definitiva GAMI obtuvo capital del mercado de deuda pública de EEUU para el *prepago* de préstamos del organismo de desarrollo de crédito mexicano (FINA).
- (f) México cumplió su función en el CAA. Usó sus dos puestos (del total de seis) para buscar consenso con los cañeros y los ingenios. Consta que el CAA siempre actuó con más que consenso: unanimidad. El CAA desarrolló

un régimen basado en el Decreto de Caña de Azúcar que luego se convirtió en los Acuerdos de 1997 (con reforma del 1998) y 2000. El objetivo constante del CAA era el de solucionar el problema de exceso de producción. GAMI contesta que los Acuerdos fueron adoptados sólo por el Gobierno. Sobre todo el problema no era la adopción de la legislación sino como asegurar su cumplimiento.

- (g) “Una de las maneras” en que México buscó incentivar el cumplimiento con las cuotas de exportación fue a través de limitar el acceso a la cuota de exportación al mercado estadounidense de altos precios, establecida bajo el TLCAN, a aquellos ingenios que cumplieran con las cuotas generales de exportación. GAMI contesta que esto era insignificante porque la cuota de EEUU era muy pequeña.

78. De este modo cada uno de los argumentos de México es contrarrestado con un argumento de GAMI. Algunas de las refutaciones de GAMI están relacionadas con una falta de conexión lógica con el mecanismo legislativo el que insiste México tenía la obligación legal de implementar y cumplir. Otras objeciones tienen que ver con la falta de relación causal. Otras son parte de un debate macroeconómico. Todos los argumentos de GAMI podrían ser válidos. Pero consta que México ha buscado la solución del problema de exceso de producción de muchas maneras y durante muchos años. No se ha establecido en lo absoluto que México repudiara o de manera arbitraria ignorara su propia legislación. Lo que GAMI ha logrado demostrar es que México falló en convertir el Acuerdo de 1997 en realidad. Las consecuencias de estas conclusiones serán consideradas cuando el Tribunal tenga que determinar si la responsabilidad internacional de México ha sido establecida.

79. Un punto importante de debate en este caso concierne a la alegada incapacidad de México para actuar contra el grupo de ingenios CAZE. GAMI escribe que “Méjico no niega que tenía conocimiento del fraude de CAZE ya en octubre de 1999”. GAMI se refiere a la presunta falsificación de documentos para demostrar el aparente cumplimiento con las condiciones de exportación. México rechaza enfáticamente esta afirmación. La Secretaría de Economía sin duda había recibido una carta del Sr. Santos (como presidente de la CNIAA) con fecha del 29 de octubre de 1999 llamando la atención a la posición de CAZE. Pero esta carta mencionaba “serias irregularidades” que

“creaban la presunción” de que los volúmenes de exportación declarados no eran ciertos. Él pidió a la Secretaría que se tomaran las “acciones necesarias” para la determinación de quién era responsable por esta “lamentable” situación. Hizo notar que el mismo CNIAA había pedido a CAZE que se le entregara una explicación detallada de las irregularidades. Escribió una segunda carta el 14 de diciembre de 1999 reiterando los elementos resumidos arriba. Añadió que CAZE “ha iniciado su investigación interna ...; sus resultados le serán comunicados oportunamente.” México observa que esto estaba lejos de ser prueba de un fraude. En definitiva la CNIAA no tomó acción contra CAZE.

80. GAMI sugiere que funcionarios mexicanos habían decidido arbitrariamente (o posiblemente por favoritismo) no perseguir a CAZE. El Sr. Santos testificó que agentes públicos le habían dicho que el “caso estaba cerrado” y que debía ser olvidado. Esta es una acusación muy seria. No se le puede dar crédito en ausencia de evidencia. Es sólo el recuerdo del Sr. Santos. Él puede haber entendido mal. Su memoria puede fallar. Y aun si tuviera razón es difícil olvidar que su propia postura como líder de una importante organización industrial estuvo caracterizada por la falta de coraje dada su propia visión que el asunto traía “graves implicaciones a toda la industria” (carta del 27 de octubre de 1999). GAMI ha criticado a México por no “intervenir a tiempo para proteger el interés público que había sido afectado negativamente por CAZE”. México contesta irónicamente que GAMI aparentemente cree que la invocación del interés público es suficiente “para que las ramas ejecutivas de los Gobiernos del mundo tomen iniciativas *ad hoc* aun en ausencia de la solicitud de las partes afectadas – e inclusive en contra de su voluntad”.

81. **La tercera y última área general de presunta mala administración concierne los límites de producción.** GAMI afirma que el Acuerdo de 1998 requería que el Gobierno realizara esta función. El rol consultivo del CAA no justificaba que el Gobierno “abdicara de su obligación legal de actuar a falta de consenso”. Además el Acuerdo del 2000 creó una obligación legal de adoptar reglas para los controles de producción. El incumplimiento de México hizo imposible la aplicación y ejecución del Acuerdo del 2000.

82. Mexico controvierte el siguiente pasaje del alegato de conclusión de GAMI:

*“No hay duda de que el Acuerdo de 1998 requería que el Gobierno determinara los niveles de producción por ingenio comenzando con la cosecha del 1997-1998 ... El testimonio del ex - Presidente de la Corte Suprema Schmill de que el Gobierno estaba bajo la obligación legal de actuar se mantiene incuestionable...”*

México insiste en que el licenciado Schmill no dijo sino que los niveles de producción base impuestos por las autoridades para ingenios individuales serían obligatorios. Esto no es lo mismo que decir que México violó el Acuerdo de 1998 porque dichos niveles para la cosecha del 1988/99 no estaban definidos. La posición de México es que tanto los cañeros como los propietarios de los ingenios estaban de acuerdo en que la metodología del Acuerdo de 1998 era inadecuada. Se acordó por tanto con el Gobierno buscar una nueva metodología. El resultado fue la decisión de que la metodología del Acuerdo del 2000 estaría basada en el número de hectáreas cultivadas correspondientes a cada ingenio. Éste era un “dato objetivo”. (La referencia previa a los volúmenes producidos durante la cosecha de 1997-1998 resultó en una subestimación). Cada ingenio así como la propia CNIAA sabían entonces cuál sería el punto de referencia. El Sr. Santos (como presidente de la CNIAA) lo reconoció explícitamente como el producto de un acuerdo que tendría vigencia a partir de la cosecha 2000/01. El Acuerdo de 2000 no requiere que los niveles sean publicados. Estos simplemente quedan disponibles en las oficinas de la Secretaría de Economía y el CAA. GAM nunca pidió una confirmación “oficial” o por escrito.

#### **6(B) Estándar mínimo de trato: demanda de GAMI bajo el artículo 1105.**

83. No se puede dejar de notar que la queja de GAMI de supuesto trato injusto y no equitativo no está relacionada con una demostración de perjuicios específicos y cuantificables. La supuesta conducta negativa de México habría sin duda resultado en el descenso a corto plazo del valor de las acciones de GAM. (No hubieran habido pérdidas de dividendos: la estrategia de negocios de GAM nunca ha sido la de distribuir ganancias entre los accionistas). La duración de este descenso de valor no especificado es incierta. Debía ser revertido hasta cierto punto por la devolución de los tres ingenios injustamente expropiados y por la perspectiva de compensación por los otros dos (cuya expropiación GAM no impugnó). Sobre todo hay

consenso en cuanto al efecto positivo de una aplicación más vigorosa del Programa Azucarero de México.

84. GAMI no intentó probar o siquiera presentar un análisis financiero teórico de lo que habría sido el descenso a corto plazo. GAMI prefirió proceder sobre la base de que el valor completo de su inversión había sido destruido. Se puede demostrar que esto no es cierto. Las acciones de GAMI en GAM se mantienen intactas. Los activos productivos más importantes de GAMI le han sido devueltos o son objeto de negociaciones para determinar compensación. La industria azucarera ahora opera mejor. El Sr. Pinto testificó que un impuesto sobre refrescos endulzados con fructosa "se ha transformado en una medida muy beneficiosa para la industria azucarera mexicana." GAM misma ha manifestado su optimismo hacia el futuro. El consejero de GAMI ha declarado de plano en las presentaciones orales finales que "ahora el sistema esta funcionando." El fracaso de GAMI en fundar su demanda de destrucción total será considerado en detalle más adelante cuando se examine su demanda de expropiación. Pero también con respecto a la demanda basada en el artículo 1105 se debe notar que GAMI no ha buscado cuantificar el supuesto perjuicio proveniente de ciertos supuestos actos u omisiones.

85. El enfoque de GAMI aparenta ser todo o nada. Pero ningún análisis creíble de causalidad puede imputar la totalidad de las decepciones de GAMI como inversor al Gobierno mexicano. Ambas partes están de acuerdo en que la economía del azúcar está muy distorsionada y es objeto de poderosas fuerzas del mercado internacional. Nadie ha sugerido que el TLCAN faculte a un inversionista para actuar en base a que el régimen regulatorio constituya una garantía de éxito económico. GAMI sólo puede afirmar que la mala administración del Programa Azucarero le causó *algún* perjuicio. Pero el perjuicio debe ser particularizado y cuantificado. GAMI no lo ha hecho. El Tribunal no sabe si en estas circunstancias tal demostración podría siquiera ser posible debido al problema del tiempo. Hay años en que el sol brilla sobre la industria azucarera. Particularmente en México la industria ha tenido sus altos y bajos. Los últimos acontecimientos han sido aparentemente positivos. GAMI presumiblemente se ha beneficiado de ellos. A falta de la destrucción total de su inversión GAMI no ha identificado el momento en que la instantánea metafórica de su perjuicio deber ser tomada. Puede ser que tal demostración sea imposible en este caso. En todo caso el Tribunal no habría estado en posición de otorgar daños aun si hubiera concluido que hubo violación

del artículo 1105. Aun así el Tribunal explicará su conclusión de que GAMÍ tampoco pudo en principio fundar su demanda bajo el artículo 1105.

86. GAMÍ ha demostrado exhaustivamente que las regulaciones a las que se refiere como “el Programa Azucarero mexicano” no fueron cumplidas en concordancia con sus condiciones. GAMÍ hace mención de las “obligaciones legales” que incumben al Gobierno bajo tales regulaciones. Se basa en la impresionante opinión legal de un ex Presidente de la Suprema Corte de Justicia (Lic. Schmill) en cuanto a que el Gobierno tiene la obligación de “intervenir directa y permanentemente” para asegurar la aplicación efectiva de los decretos promulgados.

87. Las tres amplias instancias de fallo en la aplicación y ejecución han sido descritas en la sección 6(A)(ii). Este Tribunal no duda que el cumplimiento de los principales objetivos regulatorios en cuestión (precio de referencia/requisitos de exportación/controles de producción) hubiera mejorado de manera significativa las expectativas de GAMÍ y sus accionistas. Recientemente el Programa Azucarero ha sido implementado con considerable éxito. La industria ha disfrutado de un auge aun sin el deseado acceso al mercado de Estados Unidos.

88. GAMÍ argumenta que la falta de aplicación y ejecución de sus leyes por parte de México fue arbitraria y flagrante. GAMÍ sostiene que por ende México ha violado el estándar articulado en *Técnicas Medioambientales Tecmed* así:

*“El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo [trato justo y equitativo], a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera*

*anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son pertinentes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las relaciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del estado en las que el inversor confió y baso la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial”.<sup>12</sup>*

89. GAMI considera que los términos del laudo subsiguiente de *Waste Management II* sugieren una mayor indulgencia cuando se evalúa el comportamiento de un Estado bajo el artículo 1105. (*Técnicas Medioambientales Tecmed* no era un caso del TLCAN. Surgió bajo el Tratado Bilateral de Inversión entre México y España que establece que cada estado miembro “debe garantizar un trato justo y equitativo” a los inversionistas de los otros estados miembros). GAMI afirma que su queja no obstante satisface los requisitos articulados en ese laudo. Cita a *Waste Management II* con el siguiente énfasis añadido:

*“Tomados en forma conjunta, los casos S. D. Myers, Mondev, ADF y Loewen sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y*

---

<sup>12</sup> Laudo del 29 de mayo de 2003, 10 ICSID REPORTS (próximamente), párrafo 154.

discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable.<sup>13</sup>

90. México no ha cuestionado esta síntesis como tal. Prefiere insistir en que el Tribunal no tiene mandato para controlar la aplicación del derecho doméstico por autoridades nacionales.

91. Esta opinión interpreta mal la función del Derecho Internacional en el contexto de la protección de la inversión extranjera. El Derecho Internacional no evalúa el contenido de un programa legislativo existente antes de que un inversor decida comprometerse. La cuestión es si el Estado cumplió o implementó ese programa. Es en este sentido que el fallo del Gobierno en implementar o cumplir con sus propias leyes que afecta de manera negativa a los inversionistas extranjeros puede pero no necesariamente llevar a una violación del artículo 1105. Mucho depende del contexto. Por ejemplo la imposición de un nuevo requisito para el otorgamiento de licencias puede ser vista de manera diferente si no se relaciona a los antecedentes previos o si es una repudiación arbitraria del régimen de licencias preexistente en el que el inversionista ha demostradamente confiado.

92. La obligación internacional relevante está establecida en el artículo 1105(1) que reza:

*“Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional,*

---

<sup>13</sup> Párrafo 98.

*incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas<sup>14</sup>.*

El reto para este Tribunal es aplicar estas abstracciones. Primero es necesario averiguar cómo se relacionan con el cumplimiento de las leyes nacionales.

93. Repitiendo: los árbitros del TLCAN no tienen mandato para evaluar las leyes y regulaciones anteriores a la decisión de invertir tomada por un extranjero. El presente Tribunal comparte y adopta los siguientes pasajes de *S.D Myers*:

*“Cuando se interpreta o aplica el estándar mínimo, un tribunal constituido bajo el Capítulo 11 no tiene un mandato amplio para revisar la toma de decisiones gubernamentales. Los Gobiernos tienen que tomar muchas decisiones potencialmente controversiales. Cuando lo hacen, puede parecer que han cometido un error, que no han juzgado correctamente los hechos, que han procedido en base a teorías sociales y económicas equivocadas, que han puesto mucho énfasis en valores sociales por encima de otros y adoptaron soluciones que en definitiva son ineficaces o contraproducentes. La solución normal, si hay alguna, para errores cometidos por los Gobiernos modernos son las políticas internas y los procesos legales, incluyendo elecciones.”<sup>15</sup>*

---

<sup>14</sup> En Julio de 2001 la Comisión de Libre Comercio del TLCAN publicó Notas de Interpretación para ciertas provisiones del Capítulo 11. Estas notas establecen que el artículo 1105 no requiere un tratamiento a extranjeros “más allá de lo que es requerido por el estándar mínimo de la costumbre internacional”. También establecen que la determinación de que ha ocurrido una violación de una obligación contenida en otro tratado por sí sola no determina una violación del artículo 1105. GAMI mantiene que sus reclamos en este caso “satisfacen el estándar establecido en la interpretación”. Por ello no considera necesario preguntar si las Notas constituyen “un ejercicio adecuado del poder de interpretación en el artículo 1131”.

<sup>15</sup> Primer Laudo Parcial, *op. cit.*, n. 8, párrafo 261.

94. La obligación de los tribunales del TLCAN es evaluar si acaso y cómo las leyes preexistentes y regulaciones se aplican al inversionista extranjero. No es excusa que la regulación es costosa. Tampoco son defensas la escasez de administradores capaces o una cultura deficiente de cumplimiento. Tal es el reto de gobernabilidad que enfrenta cada país. Las violaciones del TLCAN de seguro no pueden ser excusadas en base a que el cumplimiento del Gobierno con respecto a sus propias leyes puede ser difícil. Cada parte del TLCAN debe por el contrario aceptar responsabilidad si sus agentes no implementan las regulaciones o lo hacen de una manera discriminatoria o arbitraria.

95. El Tribunal de ICSID en el caso *Waste Management II* realizó lo que calificó de “encuesta” de estándares de revisión aplicados por tribunales internacionales conociendo de reclamos basados en el artículo 1105. Observó el surgimiento de un “criterio general para el artículo 1105.”<sup>16</sup> Notó que la violación no requiere prueba de “el tipo de trato escandaloso mencionado en el caso *Neer*.”<sup>17</sup> *Neer* se refirió a una conducta constitutiva “de ultraje, de mala fe, de descuido intencionado de obligaciones, o de acciones gubernamentales tan insuficientes respecto de los estándares internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial podría reconocer su insuficiencia.”<sup>18</sup> *Neer* fue decidido hace más de medio siglo antes de que el TLCAN viera la luz del día. El laudo de ADF observa que la costumbre internacional está en un “constante proceso de desarrollo” como refleja el artículo 1105. El estándar que surgió del estudio del tribunal de *Waste Management II* ha sido adecuadamente identificado por GAMI y es reproducido en el Párrafo 89 arriba. GAMI afirma que su reclamo satisface este estándar.

96. El laudo del caso *Waste Management II* continúa diciendo: “Evidentemente, el criterio es, hasta cierto punto, flexible y debe ser adaptado a las circunstancias de cada caso.” Los árbitros concluyeron que el fallo reconocido en el cumplimiento de obligaciones contractuales no era suficiente para crear responsabilidad bajo el artículo 1105.<sup>19</sup> Esta falta de

---

<sup>16</sup> Laudo del 24 de abril de 2004, 10 ICSID REPORTS (próximamente), párrafo 98.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párrafo 93.

<sup>18</sup> L.F. Neer v. Mexico, 1927 AJIL 555, p. 556.

<sup>19</sup> *Op. cit.* n. 16, párrafo 109.

desempeño fue sopesada con los intentos de las autoridades de alcanzar los objetivos de la concesión. El tribunal no alcanzó el convencimiento de que los antecedentes *en su conjunto* probaran una violación del derecho internacional.

97. Cuatro implicaciones del caso *Waste Management II* resaltan inclusive al nivel de generalidad reflejado en los pasajes que fueron citados previamente. (1) La falta de cumplimiento de los objetivos de los reglamentos administrativos sin más no representa necesariamente una violación del derecho internacional. (2) La falta de cumplimiento de los requisitos de las leyes nacionales no es necesariamente una violación del derecho internacional. (3) La prueba de un esfuerzo de buena fe de parte del Gobierno para lograr los objetivos puede compensar las instancias de no observancia de requisitos legales o reglamentarios. (4) La totalidad de los antecedentes –no hechos aislados– determina si ha habido una violación del derecho internacional. Es sobre esta base que las alegaciones de GAMI son examinadas.

98. GAMI reconoce que los tribunales del TLCAN han adoptado el punto de vista de *ADF v. USA* que se expresa a continuación:

*“Algo más que simple ilegalidad o falta de autoridad bajo la legislación de un estado es necesario para que un acto o medida resulte inconsistente con los requisitos de la costumbre internacional establecidos por el artículo 1105(1), aun bajo el punto de vista del Inversionista de dicho artículo.”<sup>20</sup>*

GAMI sostiene que el requisito de “algo más” se cumple de la siguiente manera:

*“La conducta de México en este caso es mucho más evidente que un fallo simple o aislado en regirse por las provisiones del Decreto de Caña de Azúcar. Las acciones y omisiones de México individual y cumulativamente afectaron de manera negativa el equilibrio de las leyes del*

---

<sup>20</sup> 6 ICSID REPORTS 470, párrafo 190 (2003).

*azúcar, efectivamente convirtiendo la inversión de GAMI en GAM en una importante contribución para el beneficio de los cañeros, y del propio Gobierno mexicano y de los ingenios que no fueron expropiados. Esto es precisamente lo que el TLCAN prohíbe. Dicha conducta es arbitraria, extremadamente injusta y muy por debajo del estándar mínimo requerido por el artículo 1105 y el derecho internacional. ... [Méjico] arbitraria y discriminadamente implementó ciertos aspectos de la ley y caprichosamente se rehusó a implementar y ejecutar otros, destruyendo substancialmente la inversión de GAMI.”*

99. Los componentes de hecho y derecho de este argumento deben ser examinados. La proposición de que la inversión de GAMI fue destruida sencillamente no está probada. GAM todavía existe. Su director general testificó que GAM se está recuperando y que él es “optimista”. Tampoco puede ser aceptado que las dificultades de GAM fueran el resultado directo del supuesto fallo de México en implementar el Programa Azucarero. El argumento de GAMI no es que su inversión hubiese sido rentable de no haber sido por la negligencia de México. Es bastante evidente que esto no es lo que GAMI creía en ese momento. Su Informe Anual Formulario 20-F del año 1999 para la Comisión de Valores de Estados Unidos estableció:

*“No hay seguridad de que la Compañía será capaz de mantener las ventas a precios de mercado generalmente dominantes para el azúcar en México sin descuentos y que suficientes exportaciones tendrán lugar para asegurar el equilibrio del mercado doméstico.”*

100. La pregunta clave es hasta qué punto un inversionista puede confiar en el cumplimiento por parte del Estado anfitrión de leyes en vigencia antes que la inversión sea realizada. ¿Qué esfuerzos realizados por el Gobierno para implementar su programa legislativo son suficientes para cumplir con los estándares internacionales requeridos por el artículo 1105? El caso de *Waste Management II* involucraba compromisos contractuales entre las autoridades del Gobierno y el inversionista. GAMI no puede invocar compromisos tales. Aun

así algunos de los elementos de análisis del caso *Waste Management II* son instructivos.

101. El inversionista en *Waste Management II* adujo evidencia que demostraba que “es claro que el Ayuntamiento no cumplió en una serie de aspectos con sus obligaciones contractuales para con la Demandante.”<sup>21</sup> Las demandas contractuales del inversionista podían ser sometidas a los tribunales mexicanos. Como demandas contractuales no podían ser presentadas en ninguna otra parte debido a las normas de jurisdicción pertinentes. Aun así demandas por violaciones del TLCAN podían ser conocidas por tribunales arbitrales bajo el Capítulo 11 sin necesidad de agotar los recursos locales. El problema en *Waste Management II* era entonces identificar los tipos de interferencias con derechos contractuales que pudieran constituir violaciones de obligaciones del derecho internacional. El tribunal observó que en sí misma “la falta persistente del pago de deudas por parte de un municipio no puede equipararse a una violación del artículo 1105”<sup>22</sup>. De lo contrario “el Capítulo XI se convertiría en un mecanismo de igual recurso para cobranza de deudas y fines análogos relacionados con todos los contratos públicos (incluidos los municipales), lo cual no parece corresponder a su propósito.”<sup>23</sup> Se requería algo más. La conducta que origina la queja no viola el artículo 1105 siempre que “no sea un desconocimiento manifiesto e injustificado de la transacción” y “que el acreedor tenga alguna vía o recurso para resolver el problema.”<sup>24</sup>

102. Algo parecido a esta secuencia de proposiciones existe en el presente caso.

103. GAMI ha dado claros ejemplos de incumplimiento en la aplicación de importantes elementos de las reglamentaciones mexicanas. Ha aportado pruebas contundentes confirmando que el Gobierno mexicano está obligado constitucionalmente a ejecutar sus reglamentaciones. Las acciones por mala administración podrían ser interpuestas ante los tribunales mexicanos. De hecho como incumplimientos del derecho

---

<sup>21</sup> *Op. cit.* n. 16, párrafo 109.

<sup>22</sup> Párrafo 115.

<sup>23</sup> Párrafo 116.

<sup>24</sup> Párrafo 115. Queda pendiente el asunto de la denegación de justicia. Dicho argumento fue invocado por *Waste Management II* pero fue rechazado. No hay un argumento similar en el presente caso.

administrativo mexicano no pueden ser interpuestas en ninguna otra jurisdicción. Sin embargo las acciones de GAMI con relación al incumplimiento del TLCAN sí pueden ser interpuestas ante este Tribunal en virtud del Capítulo 11 sin necesidad de tener que agotar los recursos locales. El problema reside pues en identificar el tipo de mala administración que podría llegar a constituir un incumplimiento de obligaciones internacionales. Una acción por mala administración probablemente violaría el artículo 1105 si alcanzara el nivel de “repudiación directa e injustificada” de la normativa relevante. Puede haber situaciones en que incluso omisiones menos significativas serían suficientes para que se cumplan los requisitos del artículo 1105. Son los antecedentes en general –y no un dramático incidente aislado- lo que determina si estamos ante un incumplimiento del derecho internacional.

104. GAMI no ha logrado probar en lo más mínimo que haya existido una “repudiación directa e injustificada” de las normas pertinentes. El Decreto de la Caña de Azúcar y las medidas relacionadas con el mismo ciertamente no operaron en función de sus propios términos. Sin embargo no existe ninguna prueba de que México se haya opuesto deliberadamente a su aplicación. No hay razón para dudar de que México hubiera preferido que todos los actores de la industria encontrasen prosperidad en el equilibrio económico concebido por la autoridad reguladora. Las autoridades mexicanas quizá podrían haber actuado con más iniciativa y perseverancia. Pero no hay certidumbre que el Gobierno mexicano fuera el actor único y crucial. Quedan cuestiones sin explicar con relación a la responsabilidad última por las “consultas” que debían tener lugar en los Comités y JCACA. Lo mismo es cierto con respecto a la aparente pasividad de la CNIAA.

105. ¿Podría basarse una acción bajo el artículo 1105 en un hecho que no llegara a ser una repudiación? ¿Qué ocurre con una notoria omisión de regular? ¿Podría decirse que México se ha negado a pedir cuentas a los administradores inoperantes por incumplimiento de sus tareas asignadas? La tesis de GAMI no consiste en afirmar que el artículo 1105 obliga a México a crear e implementar efectivamente un régimen de reglamentos para la industria azucarera. El Sr. Roth lo expresa más bien como sigue:

*“... una vez que México ha optado por crear un programa del azúcar, debe cumplirlo y no puede arbitrariamente aplicar algunos de sus*

*elementos para beneficiar a algunos grupos a costa de causar un grave daño a otros.”*

Es comprensible que GAMÍ le dé mucha importancia a las declaraciones del Lic. Schmill en el sentido de que “*tratándose de una actividad de interés público, el Gobierno necesitaba intervenir de manera directa y permanente para hacer cumplir los objetivos del Decreto de 1991, sus modificaciones de 1993 y los Acuerdos de 1997, 1998 y 2000*”

106. GAMÍ argumenta que confió en este hecho. El Sr. Aguilar ha hecho hincapié enérgicamente en las deficiencias del Gobierno. Ha insistido en que no había ninguna explicación válida para la omisión del Gobierno de aportar la información necesaria para ajustar los precios de referencia en cumplimiento del Acuerdo de 1997. Manifiesta que no puede culparse al CAA por no haber generado oportunamente niveles base de producción cuando el Gobierno esperó 21 meses antes de convocar al CAA. En su opinión hubiera sido un intento “fútil” por parte de los ingenios perjudicados acudir a los JCACA ya que “dependían de la información e iniciativas del Gobierno”.

107. ¿Es cierto que México se opuso a implementar reglamentaciones de acuerdo con sus normas? ¿O acaso GAMÍ ha sobreestimado la importancia de dichas normas?

108. Hay constancia que México falló en la aplicación de puentes clave de su Programa del Azúcar a pesar de sus obligaciones tal y como han sido explicadas por el Lic. Schmill. GAMÍ alega que hubo una inactividad absoluta con relación a la aplicación del programa de reglamentación necesario para la viabilidad de inversiones extranjeras que confiaban en el mismo. GAMÍ argumenta que jurídicamente esto es lo mismo que la violación por parte del Gobierno de las normas de dicho programa. Tanto acción como omisión pueden caer por debajo del nivel internacional requerido. Hasta aquí el Tribunal Arbitral está dispuesto a aceptar el punto de vista de GAMÍ. Sin embargo en este punto del análisis surge una cuestión crítica que es si los fracasos concretos del Programa del Azúcar son atribuibles al Gobierno. Es en este punto donde el Tribunal llega a la conclusión de que GAMÍ no ha aportado pruebas suficientes.

109. El preámbulo del Acuerdo de 1997 expone el objetivo del Decreto de la Caña de Azúcar de aumentar la participación de los sectores sociales y privados (es decir, los trabajadores y empresarios) “*como responsables de la producción nacional de azúcar*”. También hace referencia a la autorización dada a CAA para formular “*reglas, definiciones y disposiciones*” para aumentar la competitividad de la producción de azúcar. El Acuerdo mismo contiene fórmulas sofisticadas. Es evidente para cualquiera que el consumo y la producción nacionales previstos son elementos clave (*Ce* y *Qu* en la fórmula). Estos debían ser fijados por la Secretaría de Comercio y otras autoridades gubernamentales pertinentes teniendo en cuenta lo siguiente:

*“la opinión de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural, de Financiera Nacional Azucarera S.N.C. del Comité de la Agroindustria Azucarera, de la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica, de la Unión Nacional de Productores de Caña de Azúcar de la Confederación Nacional Campesina y de la Unión Federal de Cañeros de la Confederación Nacional de la Pequeña Propiedad”.*

110. En resumen: el régimen de la regulación se basaba en la premisa de amplias consultas y cooperación. La intervención del sector privado fue requerida explícitamente. Se le otorgó un papel explícito a los sindicatos. El Gobierno mexicano no era el único actor en los aspectos importantes del Programa del Azúcar. GAMI dice que el Gobierno podría haber forzado el asunto para asegurar que las consultas tuvieran lugar. En sus conclusiones orales GAMI basó su argumentación en la declaración de la Secretaría de Agricultura cuando manifiesta que la industria “debe estar adecuadamente supervisada por el Estado”. Pero este argumento se vuelve contra GAMI. La diferencia entre una “supervisión adecuada” y una “aplicación efectiva” es apreciable. Es cierto que hay argumentos para defender ambas partes. El debate es complejo. Para un tribunal internacional la conclusión relevante es simplemente que GAMI no ha probado que el deber impuesto por el Gobierno a sí mismo en el régimen reglamentario era simple e inequívoco. Es imposible concluir que el fracaso del Programa del Azúcar es directamente atribuible al Gobierno ni que haya causado directamente los daños alegados por GAMI.

## **6(C) Discriminación: La acción de GAMI con relación al artículo 1102.**

111. El elemento esencial del principio pertinente del tratamiento nacional queda expresado en el artículo 1102(2) del TLCAN como sigue:

*“Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.”*

112. La cuestión en el presente caso se refiere a un programa de nacionalizaciones que ciertamente afectaron de manera diferente a diversas empresas mexicanas. Sólo algunos de los ingenios de azúcar fueron expropiados. Algunos de los ingenios expropiados pertenecían a corporaciones mexicanas sin participación extranjera. La cuestión inherente en la argumentación de GAMI es pues si en consecuencia los ingenios de GAMI no podían ser expropiados sin violar el artículo 1102 del TLCAN simplemente porque GAM tiene accionistas minoritarios estadounidenses. La respuesta a esta pregunta es no.

113. GAMI argumenta que el Tribunal “no necesita buscar más allá de la declaración del Sr. Pinto” como prueba de la violación del artículo 1102. GAMI se refiere específicamente al relato del Sr. Pinto del tratamiento diferente de GAM y BSM:

*“¿Puede haber alguna duda de que GAM y BSM estaban en circunstancias similares? Cada una tenía cinco ingenios. Ambas operaban con pérdidas. Ambas tenían que diferir pagos a sus cultivadores de cañas de azúcar y ambas habían garantizado sus deudas empeñando inventario de azúcar.*

*Del mismo modo, ¿puede haber alguna duda de que las dos empresas, y en consecuencia sus accionistas, fueron tratados de forma*

*diferente? BSM y sus accionistas conservaron sus ingenios y se beneficiaron enormemente de la recuperación del precio del azúcar. GAM y sus accionistas fueron privados no sólo de su propiedad sino también de la oportunidad de beneficiarse de la reordenación del mercado, una reordenación que el propio Sr. Pinto concede fue motivada por el re establecimiento del cumplimiento con las exportaciones.*

*Aun más, el Sr. Pinto concede que la hoja de balance de GAM no era ni mejor ni peor que la de BSM- sólo diferente.”*

114. El Tribunal arbitral no ha sido persuadido de que las circunstancias que incumben a GAM fueran demostrablemente tan “parecidas” a las de los propietarios de los ingenios expropiados y que por lo tanto fuera incorrecto tratar a GAM de manera diferente. México determinó que casi la mitad de los ingenios del país debían ser expropiados por interés público. La razón no era que estos tuvieran éxito y el Gobierno fuera codicioso. Al contrario: México percibió que los ingenios que operaban en condiciones de insolvencia necesitaban de la participación pública en el interés de la economía nacional en un sentido amplio. El Gobierno pudo haber estado equivocado. Eso es un asunto político y de políticas públicas. Puede que el Gobierno haya sido torpe en el análisis del criterio relevante para la línea divisoria entre los candidatos y los no candidatos a expropiación. Su conocimiento de finanzas corporativas pudo haber sido deficiente. Pero ineptitud no es discriminación. Los árbitros estiman que existe una razón para la medida que no es en sí discriminatoria. La medida estaba plausiblemente relacionada con un objetivo legítimo de la política (asegurar que la industria azucarera esté en manos de empresas solventes) y no fue aplicado de una manera discriminatoria o como una barrera disfrazada a la igualdad de oportunidades.

115. El Tribunal Arbitral en definitiva acepta (como lo expresó el Sr. Perezcano en su presentación oral) que GAMI ha fracasado en demostrar que las medidas que invoca fueron el “resultado de o están relacionadas con la participación de GAMI en GAM; ni estaban dirigidas para tratar a GAM de manera diferente por la participación de GAMI en su capital social”. En las circunstancias de este reclamo derivativo esa defensa es decisiva. No es concebible que una corporación mexicana tenga el derecho a la protección contra la discriminación otorgada por

el derecho internacional por el solo hecho que un extranjero compre una porción de la misma.

## 7. EXPROPIACIÓN

116. Una consecuencia del derecho de acción independiente de GAMÍ bajo el TLCAN puede ser ilustrada por un ejemplo hipotético. La compensación teórica de México a GAM de una suma de \$100 pesos mexicanos por acción no podría en principio privar a GAMÍ del derecho a pedir ante el tribunal TLCAN una cantidad adicional de \$50 pesos mexicanos por acción. Pero esta teoría da origen a diversas dificultades prácticas. Uno podría imaginar un mundo perfecto en el que un tribunal nacional de última instancia se siente con un tribunal TLCAN incapaz de error susceptible de ser revisado a descargar sus respectivas responsabilidades. Esto podría hacerse con bastante lógica. El tribunal mexicano podría ordenar el pago a GAM basado en la evaluación de los cinco ingenios que fueron expropiados. En términos matemáticos esa evaluación podría representar \$100 pesos mexicanos por acción de todas las acciones de GAM. Al mismo tiempo el tribunal TLCAN podría concluir que un nivel mas alto de compensación era mandatario y por ende podría ordenar un aumento de \$50 pesos mexicanos en proporción a su participación de 14,18%. Esta sería una ilustración gráfica del valor para GAMÍ de su derecho a un recurso internacional directo mas allá de su beneficio indirecto del recurso nacional obtenido por GAM. Un Estado no puede evadir la responsabilidad internacional argumentando que el extranjero se debe contentar con la compensación establecida por las autoridades nacionales.

117. Este escenario es por supuesto una fantasía. No es de hecho plausible. Carece de base legal. El Tribunal no está al tanto de las bases *procesales* en las que tal coordinación pudiera realizarse. Y la propia Sentencia rechaza de manera plausible el derecho de los accionistas de impugnar la expropiación sobre la base substantiva de que el interés protegido es aquel del propietario corporativo de los bienes expropiados.

118. El escenario también carece de credibilidad comercial. ¿Basado en que podría uno razonablemente concluir que el pago a GAMI debe ser reducido para tomar en cuenta el pago a GAM? Es un hecho reconocido que GAM nunca ha pagado un dividendo a sus accionistas. ¿Por qué debería la recuperación de GAMI ser descontada en razón del pago a GAM que quizás es muy poco probable que llegara a los bolsillos de sus accionistas?

119. La abrumadora falta de plausibilidad de la resolución simultánea del problema por las jurisdicciones nacional e internacional lleva a considerar el escenario de resoluciones no sincronizadas como prácticamente cierto.

120. Es suficiente considerar la hipótesis que un tribunal TLCAN ordenara el pago a GAMI antes que los tribunales mexicanos dictaran su sentencia final. Uno puede adaptar el ejemplo hipotético expuesto en el párrafo 116. Entonces GAMI recibiría \$150 pesos mexicanos por acción. (No habría habido una compensación previa de la recuperación mexicana) ¿Qué efecto le darían los tribunales mexicanos al laudo TLCAN? ¿De que manera podría ser reducida la compensación de GAM por el pago a GAMI? GAM es el propietario de bienes expropiados. Nunca ha pagado dividendos. Habría sido poco probable la distribución de rentas en la cantidad recuperada por GAMI. De cualquier modo tal decisión habría requerido una deliberación por parte de los órganos corporativos de GAM. Los acreedores tendrían preferencia. Y otros accionistas tendrían igualdad de derechos con respecto a la distribución. Obviamente GAM afirmaría que es un propietario expropiado y que su pérdida compensable bajo la ley mexicana no podría ser disminuida por la cantidad pagada a uno de sus accionistas.

121. Estas dificultades son atribuibles a la naturaleza derivativa de la petición de GAMI. Ellas pueden transportar rápidamente el análisis a una extremidad frágil. Es necesario regresar a las proposiciones básicas.

122. La titularidad de GAM sobre sus cinco activos productivos fue perdida en 2001 por un acto de expropiación. Los tribunales mexicanos han establecido que el Decreto de Expropiación no cumplió con la ley mexicana. Es por lo tanto probable que también incumple las obligaciones establecidas por el TLCAN ya que los requisitos impuestos por el derecho mexicano coinciden de manera significativa con los del TLCAN. Pero GAM no puede iniciar un reclamo bajo el TLCAN. México

ha expuesto ante este Tribunal que ya ha iniciado el proceso de devolución a GAM de los tres ingenios afectados por la Sentencia (ver Párrafo 8 supra). La expropiación ilícita de estos ingenios puede haber causado perjuicios a GAM sin importar que ahora sea revertida. Este perjuicio puede ser remediado por las autoridades mexicanas. GAM finalmente no impugnó la expropiación de otros dos ingenios. Por lo tanto es definitiva. La Constitución mexicana establece el pago de compensación. México ha afirmado ante este Tribunal que “las formalidades para el pago de la indemnización por concepto de la expropiación de los otros dos ingenios están también en curso” (ver Párrafo 8 supra).

123. Las acciones de GAMI en GAM no han sido expropiadas. Por lo tanto GAMI debe decir que su *inversión* en GAM ha sufrido algo equivalente a expropiación. Esta pregunta se origina previamente a cualquier análisis de *quantum*. Tiene que ver con la determinación *substantiva* de una violación. Algunos precedentes involucran una privación completa del beneficio de los derechos de propiedad pertinentes. *Starrett Housing*<sup>25</sup> se refirió a los derechos convertidos en “inútiles”. En *Santa Elena* se concluyó que el efecto de la expropiación “priva al propietario de su título, posesión o acceso al beneficio y uso económico” de la propiedad.<sup>26</sup> En dichos casos los tribunales no tenían que determinar si las protecciones legales existían también en casos de privación parcial de uso o beneficio. Este asunto ha sido considerado por diversos tribunales TLCAN.

124. En *S.D. Myers* se concluyó que una legislación discriminatoria temporal que elimina la ventaja competitiva del demandante en un mercado determinado no era expropiación. (La indemnización fue concedida por otros motivos). El tribunal añadió este pronunciamiento: “puede ser que, en algunos contextos y circunstancias, sería adecuado el considerar la privación como equivalente a una expropiación, inclusive si es parcial o temporal.”<sup>27</sup> No explicó cuáles podrían ser tales contextos y circunstancias.

---

<sup>25</sup> 4 IRAN US CLAIMS TRIBUNAL REPORTS 122.

<sup>26</sup> Laudo del 17 de febrero de 2000, 5 ICSID REPORTS 153, párrafo 77; 39 ILM 1317, 1329 (2000).

<sup>27</sup> Primer Laudo Parcial, *op. cit.*, párrafo 283.

125. El tribunal en *Pope & Talbot* notó<sup>28</sup> que el demandante en ese caso había “reconocido, correctamente, que bajo el derecho internacional la figura de expropiación requiere de una privación substancial.” Pero parece que el tribunal consideraba que el requisito era más estricto que eso. El parámetro del tribunal era “si esa interferencia es suficientemente restrictiva para apoyar la conclusión de que la propiedad ha sido ‘quitada’ a su dueño”. El tribunal concluyó que la disminución de ganancias del demandante corporativo debido a las restricciones en la venta de madera proveniente de Columbia Británica a los Estados Unidos no era suficiente para satisfacer dicho parámetro. El laudo explícitamente establece que “el deterioro del valor económico” equivale a expropiación sólo si el grado de deterioro es *equivalente* a una expropiación.<sup>29</sup>

126. ¿Debería la decisión en *Pope & Talbot* ser entendida como que la propiedad sólo es tomada si es así afectada en su totalidad? Esta pregunta no puede ser respondida adecuadamente si no preguntamos antes: ¿Qué propiedad? La toma de 50 acres de una granja es igualmente expropiatoria tanto si es la granja completa como si es una fracción de la misma. La noción debe ser entendida así: la propiedad afectada debe ser incapacitada hasta tal punto que sea considerada como “tomada”.

127. En principio el caso de GAM no habría sido afectado si tan solo un ingenio hubiera sido expropiado. Los derechos de propiedad de GAM en un solo ingenio hubieran sido “tomados” porque GAM fue formalmente desposeída de tales derechos. (Ciertamente el éxito de GAM en la Sentencia no fue perjudicado por su decisión de abandonar el reclamo con respecto a dos de los cinco ingenios).

128. Pero este Tribunal no fue requerido por GAM. El caso de GAMI es más difícil. Las nociones desarrolladas por el caso *Pope & Talbot* pueden sugerir que el “deterioro” del valor de la propiedad (o sea las acciones de GAMI en GAM) no sería equivalente a la “toma” de esa propiedad si tan solo uno de los cinco ingenios de GAM de igual valor hubiera sido expropiado sin compensación. El deterioro podía haber sido total si ese era el único ingenio que tenía un valor positivo. (Entonces GAMI

---

<sup>28</sup> Párrafo 102..

<sup>29</sup> Párrafo 104, n. 86.

debe estar en lo cierto cuando rechaza como irrelevante la decisión de GAM de no tomar acción contra la expropiación de los ingenios San Francisco y San Pedro.)

129. Entonces la posición es ésta: GAMI tiene derecho a invocar la protección del artículo 1110 si sus derechos de propiedad (el valor de sus acciones en GAM) fueron arrebatados mediante una conducta que viola las provisiones del TLCAN. GAMI contesta que dicha conducta estaba manifiesta en el Decreto de Expropiación. Este tribunal cree probable que el Decreto de Expropiación fuera inconsistente con las normas del TLCAN. Pero la conducta de México que es inconsistente con las normas del TLCAN es una violación del TLCAN sólo si afecta los intereses protegidos por el TLCAN. La inversión de GAMI en GAM está protegida por el artículo 1110 solamente si sus acciones fueran "tomadas".

130. No sería adecuado concluir en la primera de estas dos hipótesis que GAMI tendría derecho a compensación sólo si hubiera tenido el 14.18% de participación en cada una de las cinco subsidiarias propietarias de los ingenios. Semejante formalismo no sería fácilmente reconciliable con los objetivos del TLCAN. Es verdad que ni en *Pope & Talbot* ni en *S.D. Myers* se entregó un análisis extenso del artículo 1110. Su breve discusión del artículo 1110 no es concluyente con respecto a varias hipótesis que no fueron analizadas. Cada uno de esos laudos otorgó compensación a los demandantes por otras razones. Sus referencias al artículo 1110 pueden ser consideradas *obiter dicta*.

131. Otros laudos TLCAN han apoyado la proposición de que la destrucción parcial del valor puede equivaler a expropiación. Así el tribunal del CIADI en el caso de *Metalclad* estableció:

*"...la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la*

*propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.”<sup>30</sup>*

La Corte Suprema de Columbia Británica dejó sin efecto parte del laudo *Metalclad*. La Corte concluyó que los árbitros excedieron su mandato al interpretar que el artículo 1105 incluye un deber de transparencia. Pero el pasaje citado arriba fue dejado intacto. La Corte estableció:

*“No hay bases bajo la s.34 del Acta de Arbitraje Comercial Internacional para dejar sin efecto el Laudo en cuanto éste se relaciona con la conclusión del Tribunal que la adopción del Decreto Ecológico equivalía a expropiación del Sitio sin compensación.”<sup>31</sup>*

Similarmente el laudo de ICSID en el caso *Santa Elena* citó con aprobación la siguiente frase proveniente de *Tippets* como una prueba del efecto de expropiación:

*“Cuando quiera que los hechos demuestren que el propietario ha sido privado de sus derechos fundamentales de propiedad y parezca que tal privación no es meramente efímera.”<sup>32</sup>*

El tribunal conociendo el caso *Santa Elena* continuó diciendo que una medida gubernamental puede constituir expropiación si “efectivamente congela o arruina la posibilidad de que el propietario razonablemente explote el potencial económico de la propiedad.”<sup>33</sup>

132. Pero este Tribunal no necesita decidir si la destrucción parcial de los intereses de los accionistas puede equivaler a una expropiación. En cualquier caso sería necesaria la evaluación del valor de las acciones en GAM al momento en que el Decreto de Expropiación fue adoptado. GAM estaba y se mantiene en manos de sus propietarios. Sus activos más importantes habían

---

<sup>30</sup> 5 ICSID REPORTS 230 (énfasis añadido).

<sup>31</sup> *Ibid.* 260.

<sup>32</sup> 6 IRAN-US CLAIMS TRIBUNAL REPORTS 219, 226 (1986).

<sup>33</sup> 5 ICSID REPORTS 172, parrafo 76.

sido expropiados. Pero el derecho mexicano le concedió protecciones sustantivas. GAM podría demandar para obtener la reversión de la toma. O podría aceptar la toma y reclamar la compensación. (Por supuesto GAM ha obtenido exitosamente la devolución de los tres ingenios y está esperando la compensación por los otros dos. Parece difícil sugerir que GAM ha sido indebidamente pasivo en cuanto a la protección de sus derechos. Naturalmente tal caso podría ser imaginado. Entonces la minoría de accionistas no tendría manera efectiva de iniciar una acción en nombre de la compañía. Pero esto tendría que ser demostrado). GAMI puede haber tenido *aprehensiones subjetivas* que las posibles acciones ante el sistema judicial mexicano no serían suficientes. Pero este Tribunal solo puede actuar en base a las *conclusiones objetivas justificadas por la evidencia* sobre la destrucción o deterioro del valor de GAM como empresa.

133. Con conocimiento de la magnitud de la disminución uno puede encontrarse en la posición de considerar si debe trazarse una línea más allá de la cual la pérdida es tan importante que constituye una toma. Pero GAMI ha basado su caso en el argumento de que el mal que se le ha causado de hecho destruyó el valor total de su inversión. GAMI busca proporcionar credibilidad a su posición aceptando la renuncia de sus acciones en GAM como condición para el laudo que desea. Por lo tanto sugiere que cualquier valor residual no es aceptable. Esta postura es insostenible. El Tribunal no puede mostrar indiferencia al verdadero efecto del acto supuestamente ilícito sobre el valor de la inversión. GAMI ha negado dar cualquier importancia a los recursos disponibles para GAM. La evaluación de su efecto en el valor de la inversión de GAMI es condición previa para considerar que fue tomada. GAMI no ha probado que su inversión haya sido expropiada para los efectos del artículo 1110.

## **8. COSTAS**

134. El Tribunal desea expresar su agradecimiento por el riguroso profesionalismo con el que ambas partes han presentado el caso. Los argumentos bien organizados de las partes y la actitud constructiva con respecto a asunto procesales han sido de gran ayuda para el Tribunal. Han demostrado que la cortesía es compatible con la decidida defensa de un caso.

135. Las demandas no son acogidas. Aun así el Tribunal considera equitativo que ambas partes corran con sus costas. Hay dos razones por las cuales no se le permite a México la recuperación de las costas. La primera es que México interpuso una objeción a la jurisdicción que se convirtió en un asunto importante en el procedimiento. México insistió en contra de los deseos de GAMI que las objeciones se resolvieran separadamente. Las costas asociadas con esa audiencia especial fueron significativas. La segunda es que la queja de GAMI debe ser considerada seriamente. Plantea asuntos inquietantes sobre actos y omisiones regulatorios.

136. Los árbitros tienen amplia discreción bajo las normas de la CNUDMI con respecto a la distribución de costas. Ellos consideran apropiado no conceder costas. Cada parte deberá cargar con sus propios gastos. Las cantidades pagadas al Tribunal con motivo de sus honorarios y gastos se dividen en partes iguales.

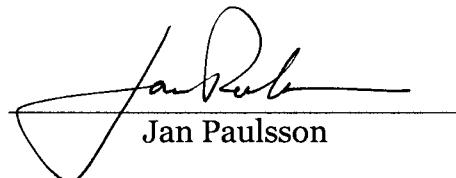
## **9. DECISIÓN**

137. Por los motivos anteriormente expuestos, el Tribunal declara de manera unánime que tiene jurisdicción sobre las demandas y las desestima en su totalidad. Todos los planteamientos en contrario son rechazados. No hay condena en costas.

Otorgado el 15 de noviembre de 2004 en versiones en español e inglés igualmente válidas.

  
Julio Lacarte Muro

  
W. Michael Reisman

  
Jan Paulsson